شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على

الهداية : شرح بداية المبتدى

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

١ ــ شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
٢ ــ حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء السابع

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر
محمد محمود الحلبى وشركاه ـ خلفاء

الطبعة الأولى
١٣٨٩ هـ = ١٩٧٠ م

مَنْ يُرِدِ ٱللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي ٱلدِّينِ

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب الربا)

قال (الربا محرم فى كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا)

(باب الربا)

هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا ـ بسبب زيادة فيه ، فمناسبته بالمرابحة أن فى كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهية ، والحل هو الأصل فى الأشياء فقدم مايتعلق بتلك الزيادة على مايتعلق بهذه ، والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا فى كل مكيل أوموزون بيع بجنسه) وفى عدة من النسخ : الربا محرم فى كل مكيل إلى آخره ، وفى كثير منها زيادة متفاضلا الربا يقال لنفس الزائد ، ومنه ظاهر قوله

(باب الربا)

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التى أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى ـ وابتغوا من فضل الله ـ شرع فى بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ـ فإن النهى يعقب الأمر ، وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو الربا ، ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئا فى الزهد ؟ قال قد صنفت كتاب البيوع ، ومراده بينت فيمايحل ويحرم ، وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة فى الحلال . والربا فى اللغة هو الزيادة، من ربا المال : أى زاد، وينسب فيقال ربوى بكسر الراء ، ومنه الأشياء الربوية ، وفتح الراء خطأ ذكره فى المغرب . وفى الاصطلاح : هو الفضل الخالى عن العوض المشروط فى البيع . قال (الربا محرّم فى كل مكيل أو موزون) أى حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة

(باب الربا)

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التى أمر الشارع بمباشرتها) أقول : لا يقال البيع الفاسد من جملة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأمورا بالمباشرة يكفى لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول: صفة العوض تدل على تعريف السغناقى فى المكاتب بقوله : الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه تدبر ، وبذلك عرف المصنف فى هذه الصحيفة . قال المصنف (الربا محرم فى كل مكيل) أقول: فى أكثر النسخ الربا فى كل مكيل أو موزون بيع بجنسه ، ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر فى كل مكيل .

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس . قال رضى الله عنه : ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل . والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد ، والفضل ربا » وعد الأشياء الستة : الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال . ويروى بروايتين بالرفع مثلٌ وبالنصب مثلاً . ومعنى الأول بيع التمر ، ومعنى الثانى بيعوا التمر .

تعالى ـ لاتأكلوا الربا ـ أى الزائد فى القرض والسلف على المدفوع والزائد فى بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه ، وسنذكر تفصيلها . ويقال لنفس الزيادة : أعنى بالمعنى المصدرى ، ومنه ـ وأحل الله البيع وحرّم الربا ـ أى حرّم أن يزاد فى القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزاد فى بيع تلك الأموال بجنسها قدرا ليس مثله فى الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ، ولا شك أن فى قوله الربا فى كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لايراد كل منهما لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلا ، أو لافائدة فيه بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة ، أما على استعمال الربا فى حرمته فيكون لفظ الربا مجازا ، أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره : أى حرمة الزيادة ثابتة فى كل مكيل . ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتبا بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدإ الاشتقاق علته . ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح ، إذ يشمل العدّ والذرع وليسا من أموال الربا : أى علة تحريم الزيادة كونه مكيلا مع اتحاد البدلين فى الجنس فهى علة مركبة (والأصل فيه الحديث المشهور)

جار فى كل مايكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أى لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر (والأصل فيه الحديث المشهور) الذى تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا » وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم . وروى بروايتين بالرفع «مثل بمثل» وبالنصب «مثلا بمثل» ومعنى الأول بيع الحنطة حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وأعرب بإعرابه ومثل خبره ، ومعنى الثانى بيعوا التمر مثلا بمثل ، والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ماروى «كيلا بكيل» وكذلك فى الموزون «وزنا بوزن» فيكون المراد به مايدخل تحت الكيل والوزن لاما ينطلق عليه اسم الحنطة ، فإن بيع حبة من حنطة بحبة منها لايجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ، ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت «جيدها ورديئها سواء» . وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا . فإن قيل : تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح . أجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك مت وأنت شهيد ، وليس المراد الأمر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء إذا مات ، وكذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين . وعند الشافعى قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على

(قال المصنف: وهو أشمل) أقول : وقال ابن الهمام : لكنه يشمل المذروع والعدد وليسا من أموال الربا انتهى . ويمكن أن يقال : الألف واللام فى القدر للعهد ، والمراد الكيل والوزن (قوله ومعنى الثانى بيعوا التمر) أقول: كان الظاهر بيعوا الحنطة (قوله وكذلك فى الموزون الخ) أقول : أى كذلك المراد بالمماثلة فى الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل «وزنا بوزن» حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره .

أو الحكم معلوم بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ماذكرناه . وعند الشافعي رحمه الله : الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط، والمساواة مخلص . والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة

أخرج الستة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد . فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مثله سواء » وزاد بعد قوله « يدا بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى » وأخرج مسلم أيضا من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله « فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه »وليس فيه ذكر الذهب والفضة، والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلا بمثل ، وأما رواية مثلا بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن : حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا » وهكذا قال إلى آخر الستة . وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده إلى عبادة بن الصامت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد هكذا » إلى آخر الأشياء الستة ، وذكر التمر بعد الملح آخرا . وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت « الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها » إلى أن قال : « ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد وأما نسيئة فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد ، وأما النسيئة فلا » انتهى . ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لايقتصر على زيادة الفضة والشعير ، بل لوكان الزائد الذهب والبر جاز ، ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية (معلول بإجماع القائسين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه ، بخلاف الظاهرية ، وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها . أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس ، وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله «خمس من الفواسق» قلنا : تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله « لاتبيعوا الصاع بالصاعين » كما سيأتي عند الشافعي دليل ، وسنقيم عليه الدليل . وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ، ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به ، والإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص ، أما بالزيادة بالعلة فلا ، وتخصيص هذه الستة بالذكر لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها ، وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة ، وهو أيضا مأثور عن قتادة وطاوس ، قيل فانخرم قوله بإجماع القائسين (قوله لكن العلة عندنا ماذكرناه) يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء ، وبأحدهما مفردا يحرم النساء ويحل التفاضل كما سيأتي (وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من الحرمة (وهي) أعني الحرمة (الأصل) وعند مالك العلة

الآخر حرام (والحكم معلول بإجماع القائسين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين إن الحكم مقصور على الأشياء الستة ، والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ماذكرنا) من القدر والجنس (وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط) لعمل العلة عملها حتى لاتعمل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية ، وحينئذ لايكون لها أثر في تحريم النساء ، فلو أسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود أحد وصفي العلة ، وسيأتي (والمساواة مخلص) يتخلص بها عن الحرمة لأنه : أي الشارع

(قوله وحينئذ لايكون لها أثر في تحريم النساء) أقول: ضمير لها راجع إلى قوله والجنسية شرط الخ .

وكل ذلك يشعر بالعزّة والخطر كاشتراط الشهادة فى النكاح ، فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التى هى مناط المصالح بها ، ولا أثر للجنسية فى ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط . ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا فى البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع ، إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل .

الاقتيات والادخار ، فكل مايقتات ويدخر فهو ربا ومالا فلا ، لأنه صلى الله عليه وسلم خص البرّ وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهرا فيه ، فنبه بالبرّ على مقتات تعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به ، والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ، ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب ، وبالملح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو فى حكمها فيلحق الأبازير وما فى معناها ، والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهى كونهما قيم الأشياء وأصول الأثمان . وقال الشافعى فى القديم : العلة الطعم مع الكيل أو الوزن ، وفى الجديد : هى الطعم فقط فى الأربعة والثمنية فى النقدين ، ومنهم من يجعلها عينهما والتعدى إلى الفلوس الرائجة وجه . والصحيح أنه لاربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد فى رواية ، والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء . وعلى الجديد يحرم الربا فى الماء . وجه قوله قوله صلى الله عليه وسلم « الطعام بالطعام مثلا بمثل » رواه مسلم ، والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة ، وروى « لاتبيعوا الطعام » إلى آخره . فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها ، إذ لو اقتصر على قوله « لاتبيعوا » لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقا ، فالم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لأنها هى الأصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضى تخصيص هذا النص ، إذ يجوز الحفنة بالحفنتين ، وهذا الطريق يفيد أنها علة منصوصة ، ولو أخذنا فى استنباط علته أدانا إلى هذه العلة أيضا . ووجهه أنه نص على شرطى التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزّة والخطر كاشتراط الشهادة فى النكاح) فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر ، وفى الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التى بها يتوصل إلى تحصيل العروض التى بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (فى ذلك) أى فى إظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطا ، والحكم قد يدور مع الشرط) كالرجم مع الإحصان (ولنا أنه) أى النص المشهور (أوجب التماثل شرطا للبيع) وإيجاب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) إذ لابد فيه من إضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا : أى بيعوا هذه الأشياء مثلا بمثل ،

نص على شرطين التقابض والمماثلة لأنه قال « يدا بيد مثلا بمثل » منصوبان على الحال والأحوال شروط ، هذا فى رواية النصب ، وفى رواية الرفع يقال معناه على النصب إلا أنه عدل إلى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أى كل من الشرطين (يشعر بالعزّة والخطر كالشهادة فى النكاح) فإذا كان عزيزا خطيرا (يعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم) فى المطعومات (لبقاء الإنسان به ، والثمنية فى الأثمان لبقاء الأموال التى هى مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية فى ذلك) أى فى إظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطا) والحاصل أن العلة إنما تعرف بالتأثير ، وللطعم والثمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر ، لكن العلة لا تكمل إلا عند وجود الجنس فكان شرطا لأن الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لاوجوبا به (ولنا أن الحديث أوجب المماثلة شرطا فى البيع بقوله مثلا بمثل لما مر أنه حال بمعنى مماثلا ، والأحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لأحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فإنه ينبئ عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل ، لأنه لو كان

أوصيانة لأموال الناس عن التوى، أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى . والمعيار يسوى الذات . والجنسية تسوى المعنى

وبهذا تبين أن الإباحة فى بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هى الأصل . وقوله «لاتبيعوا الطعام» الحديث إنما ينصرف النهى إلى مابعد إلا نحو ماجاء زيد إلا راكبا ، وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها ، ولاشك أن فى إيجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المنبئ عن التقابل إذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعى شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فإن كلا منهما مساو للآخر فى كونه مستدعى العقد فسوى بينهما فى المماثلة عند اتحاد الجنس فى القدر ليتم معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء ، فإذا كان فضل فى أحدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه ، فلقصد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة ، بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لايتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلايتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل فى إحدى الجهتين ، ثم من تتميم التماثل المساواة فى التقابض فإن للحال مزية على المؤخر فإيجاب التقابض أيضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة فى الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوّى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوّى المعنى

أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أوصيانة لأموال الناس عن التوى) لأن أحد البدلين إذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل (أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به) أى بالمماثل : يعنى أن فى النقدين لكونهما لايتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك ، وفيه نظر لأنه خارج عن المقصود ، إذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لابيان المماثلة من حيث القبض . والأولى أن يقال : لو لم يكن أحد العوضين مماثلا للآخر لم تتم الفائدة بالقبض ، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعا فى حق أحد المتعاقدين وضررا فى حق الآخر ، وإذا كان مثلا للآخر يكون نفعا فى حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعا فى حقهما جميعا . ولقائل أن يقول : هذه الأوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه فى سائر البياعات لأنها لاتنفك عن التقابل وصيانة الأموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل فى الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول . والجواب أن موجبها فى الربا هو النص ، والوجوه المذكورة حكمته لا علته ليتصور التخلف ، وإذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لأن المشروط ينتفى عند انتفاء شرطه . ولقائل أن يقول : إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل إن لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة ، وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة . ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ماهو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة . فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه فى التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة (قوله والمماثلة بين الشيئين) بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيئين وذلك لأن المماثلة بين الشيئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوّى المعنى)

(قوله ولقائل أن يقول : إلى قوله : لأنها لاتنفك عن التقابل) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا لم يتحد الجنس لايظهر انتفاء التقابل والتوى بانتفاء تتميم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول : إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول : إذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على مادل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكروه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ماهو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول : فيه بحث ، فإن الحرام ماثبت بدليل قطعى . والمكروه هو الثابت بظنى كالفرض والواجب ؛ ألايرى إلى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق .

فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا ، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه . ولا يعتبر الوصف لأنه لايعد تفاوتا عرفا ، أو لأن فى اعتباره سد باب البياعات ، أو لقوله عليه الصلاة والسلام « جيدها ورديئها سواء » والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع ، والسبيل فى مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره ،

فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا ، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه) أى فى العقد ، وعلمت أن الخلوّ فى المعاوضة لايتحقق إلا عند المقابلة بالجنس فلزم ماقلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) فى إثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) إما (لأنه لايعدّ تفاوتا عرفا) وفيه نظر (أو لأن فى اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لأنه قلما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت مّا فلم يعتبر . وقوله صلى الله عليه وسلم « جيدها ورديئها سواء » إن صح يفيده ، وإلا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والإجماع عليه ، وعلة إهداره ماذكرنا ، وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد ، فإن الشافعى وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم ، وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم ، فإن الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة . فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات إلى آخر ماذكروا عندهم . وعندنا هى قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم ، وظهور هذا القصد من إيجاب المماثلة فى المقدار والتقابض أظهر من أن يخفى على من له أدنى لبّ فضلا عن فقيه . وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لأن الطعم مما تشتد الحاجة إليه اشتدادا تاما (والسبيل فى مثل ذلك الإطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فإن السنة الإلهية جرت فى حق جنس الإنسان أن ماكانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلإ للدوابّ ، فإن قال : دل الترتيب على المشتق عليه ، قلنا : ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على أنا نمنع

فإن كيلا من بر يساوى كيلا من درّ من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى ، وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى . ولقائل أن يقول : قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع فى الربويات ، وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لإثبات الشرط وذلك باطل . والجواب أن التعليل للشرط لايجوز لإثباته ابتداء ، وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختيار الإمام المحقق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك ، لأن النص أوجب المماثلة فى الأشياء الستة شرطا فأثبتناه فى غيرها تعدية فكان جائزا ، فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهى بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك ، فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه) أى فى العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف ، وتقرير الجواب : ولا يعتبر الوصف لأنه لايعد تفاوتا عرفا ، فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا فى المالية ، والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة فى المكيلات لأن الناس لايعدون ذلك إلا من باب اليسير ، وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تفاضلا فى القيمة فى العرف (أو لأن فى اعتباره سدّ باب البياعات) لأن الحنطة لاتكون مثلا للحنطة من كل وجه ، والمراد البياعات فى الربويات لا مطلق البياعات لأن فى اعتبار الجودة فى الربويات ليس سد باب مطلق البياعات (أو لقوله صلى الله عليه وسلم « جيدها ورديئها سواء ») قال (والطعم والثمنية) جواب عن جعله

(قوله ولقائل أن يقول : قد تبين أن المماثلة ، إلى قوله : بالقدر والجنس الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها .

إذا ثبت هذا نقول إذا : بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجوب شرط الجواز ، وهو المماثلة في المعيار ؛ ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله ، مثلا بمثل كيلا بكيل ، رفى الذهب بالذهب وزنا بوزن (وإن تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل) لإهدار التفاوت في الوصف (ويجوز بيع الحَفْنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ،

أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الأعيان الخاصة وهو البرّ والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب مأكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ؛ ألا ترى أن مالكا فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام ، قال : لأنه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الأرمنى ، وهو صحيح لولا دليل آخر عمه . وإلحاقه بالبضع فيه خلل لأن البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والإباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة ، بخلاف باقى الأموال فإن أصلها الإباحة ، ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة ، وإنما لزم فيها العقد بعد تعلق حق إنسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الأصلية فإلحاقها به غير صحيح ، إلا أنهم لما حصروا المعرّف في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة . فأجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البرّ بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل ، وهذا في غير الجوز من العددى المتقارب . أما فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان ، وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا ، لأن الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت ، إلا أن الناس أهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا . ومن فروع ضمان مادون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها ، فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذى حصل لها . وعند الشافعى لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا مادون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه ، فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها ، وهذا إذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع ، ، فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة . وفي جمع التفاريق قيل : لا رواية في الحفنة بقفيز واللبّ بالجوز ، والصحيح ثبوت الربا ، ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين ، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصرى فلا شك ، وكون الشرع لم يقدر بعض

الطعم والثمنية علة للحرمة ؛ وتقريره أن ذلك فاسد لأنهما يقتضيان خلاف ما أضيف إليهما لأنهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الإطلاق لشدة الحاجة دون التضييق ؛ ألا ترى أن الحاجة إذا اشتدت أثرت في إباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح ، بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر إليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدوابّ وغير ذلك ، وعلى هذا فالأصل في هذه الأموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد ، فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة (وإذا ثبت ماذكرنا من تقرير الأصل من الجانبين نقول : إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل) أى كيلا بكيل أو وزنا بوزن (جاز البيع) لوجود المقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروى ، وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط ، والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردىء إلا متماثلا . قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين) أى

ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف . وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم . وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لأنه لاتقدير في الشرع بما دونه . ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لايجوز عندنا لوجود القدر والجنس . وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية . قال (وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة . وإذا وجدا

المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لايستلزم إهدار التفاوت المتيقن . بل لايحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره ، ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا . وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال : كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف مالو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لايجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لايجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين . وجوازه مجمع عليه إذا كان حالا . فإن قيل : الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن . قلنا : إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ، وصون المال ظاهر منضبط . فإن المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها ، غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهروييين . وفي الأسرار : مادون الحبة من الذهب والفضة لاقيمة له (قوله وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه) وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدراهم أو الثوب الهروى بمروييين إلى أجل والجوز بالبيض إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وإن كان لايوجب عدم الحكم ، لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لابمعنى أنها تؤثر العدم بل لايثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلي . وإذا عدم سبب الحرمة (والأصل في البيع مطلقا (الإباحة) إلا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل (وإذا وجدا) أي الجنس والمعنى المضموم إليه

أي ومما يترتب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين ، لأن عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ، ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل . واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولأن الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف) لا مثلها ، فلو بقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم . وعند الشافعي رضي الله عنه لايجوز لأن علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد . وعلى هذا لايجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى ، وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة ؛ فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لأنه لاتقدير في الشرع بما دونه . وأما إذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ، ومن ذلك ما (إذا تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فإنه لايجوز عندنا لوجود القدر والجنس ، وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية . قال : فإذا عدم الوصفان) إذا ثبت أن علة الحرمة شيئان ، فإما أن يوجدا أو يعدما أو يوجد أحدهما دون الآخر ، فالأول ما تقدم ، والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة ، وتحقيقه ما أشار إليه بقوله (والأصل فيه الإباحة) يعني إذا كانت أصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر ، والجنس يظهر عند عدمهما لا أن العدم

حرم التفاضل والنَّساء لوجود العلة. وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حلّ التفاضل وحَرُمَ النساء مثل أن يُسلِم هرويا في هروى أو حنطة في شعير ، فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما. وقال الشافعي : الجنس بانفراده لايحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لايثبت إلا شبهة الفضل . وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى .

وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لايجوز إلا مع التساوى والتقابض (لوجود العلة) المعرّفة للحكم على مابينا (وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم) ثوبا (هرويا فى ثوب هروى) فى صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم إليه من الكيل أو الوزن لايجوز ، وكذا إذا باع عبدا بعبد إلى أجل لوجود الجنسية . ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهرويين حاضرا جاز (أو حنطة فى شعير) فى صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى . وكذا حديد فى رصاص ومقتضاه أن لايجوز فلوس فى خبز ونحوه فى زماننا لأنها وزنية (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما) والنساء بالمد ليس غير (وقال الشافعى رحمه الله : الجنس بانفراده لايحرم نساء) لأنه دليل عليه . وأيضا دل الدليل على نفيه وهو ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما « أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرنى أن أشترى بعيرا ببعيرين إلى أجل » وهذا يكون سلما . وعن ابن عمر « أنه باع بعيرا بأربعة إلى أجل . وعن علىّ رضى الله عنه أنه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا إلى أجل » . والمعنى أن التأجيل فى أحد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما ، والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما ، فإذا كان التفاوت حقيقة فى هذه الأموال بأن باع الواحد بالاثنين لايؤثر فى منع الجواز بالاتفاق

يثبت شيئا ، فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هرويا فى هروى أو حنطة فى شعير ، فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبدا بعبد إلى أجل لايجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز (وقال الشافعى رحمه الله : الجنس بانفراده لايحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لايثبت إلا شبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز فى الجنس حتى جاز بيع الهروى بالهرويين والعبد بالعبدين (فالشبهة أولى) قيل ليس فى تخصيص الجنس بالذكر فى عدم تحريم النساء زيادة فائدة ، فإن القدر عنده كذلك ، فإنه يجوز إسلام الموزونات فى الموزونات كالحديد والرصاص . ويمكن أن يقال : إنما خصه بالذكر لأن الحكم وهو حرمة النساء إنما لم يوجد عنده فى صورة الجنس ، وأما فى صورة القدر فقد يوجد ، فإنه لايجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير . وإن كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط فى الصرف وبيع الطعام عنده . ولنا ماقال المصنف رحمه الله من أنه مال الربا من وجه وتحقيقه ماثبت أن فى باب الربا حقيقة وشبهة لانزاع فى ذلك ، والشبهة إذا انفردت عن الحقيقة تحتاج إلى محل وعلة كالحقيقة ، ولا يجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها وإلا لكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلابد من شبهة محل وشبهة علة ، وما يجرى فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه نظرا إلى أن القدر يجمعهما كما فى الحنطة مع الشعير أو الجنس كالهروى مع الهروى إذا كان أحدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لايتم نصاب العلة إلا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا فى المالية ، فتتحقق شبهة الربا فى محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة

(قوله وإن كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول : إذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لايحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص .

ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا فى المالية فتتحقق شبهة الربا وهى مانعة كالحقيقة ، إلا أنه إذا أسلم النقود فى الزعفران ونحوه يجوز ، وإن جمعهما الوزن لأنهما لايتفقان

حتى جاز هذا البيع إذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما أولى، وهذا معنى قول المصنف لأن بالنقدية إلى آخره (ولنا أنه مال الربا نظرا إلى القدر أو الجنس و) عرف أن (النقدية أوجبت فضلا فى المالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل (فتتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا) بالإجماع على منع بيع الأموال الربوية مجازفة وإن ظن التساوى وتماثلت الصبرتان فى الرؤية وليس فيه إلا شبهة ثبوت الفضل ، بل قالوا : لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا أيضا خلافا لزفر ، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة ، وكذا الاتفاق على أنه لايجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه فى ذلك ماتقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة إلا البخارى من قوله فى آخر الحديث « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » فألزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة ، وكذا ماتقدم من رواية أبى داود لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد ، وأما النسيئة » فلا وأخرج أبو داود أيضا قال : حدثنا موسى بن إسماعيل ، حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » فقام دليلا على أن وجود أحد جزءى علة الربا علة لتحريم النساء ثم عللنا

كالحقيقة ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما ماقيل إن كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها . والثانى أن كون شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقا أو فى محل الحقيقة ، والأول ممنوع والثانى مسلم ، لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. والجواب عن الأولى أن الشبهة الأولى فى المحل والثانية فى الحكم . وثمة شبهة أخرى وهى التى فى العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة . وعن الثانى أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة فى محل الشبهة وهو ماذكرنا ، كما أن الحقيقة مانعة فى محلها إذا وجدت العلة بكمالها . فإن قيل : مابال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالأحاديث التى تدل على كل واحد منهما ، كما استدل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو ابن العاص « أن النبى صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرنى أن أشترى بعيرا ببعيرين إلى أجل » للشافعى رحمه الله ، وبما روى أبو داود فى السنن عن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » لنا . فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاه عن ذلك . فإن قيل : إجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور فى الكتاب . فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول إنهم أجمعوا على النساء فى كمال العلة لا فى شبهتها . وقوله (إلا أنه إذا أسلم) استثناء من قوله فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل

(قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم ، إلى قوله : لتحقق شبهة الربا الخ) أقول : أنت خبير بأن الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لاحقيقة الفضل فينبغى أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل ، فلا يجوز بيع المروى بالمرويين والعبد بالعبدين ، فما ذكره الشارح مغالطة لايجدى شيئا ؛ ألا ترى إلى قول المصنف بعد سطور : فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها ، إلى أن قال لتوهم الفضل فليتأمل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول : يعنى قوله قبل تسعة أسطر تخمينا وهو قوله ماجرى فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك) أقول: إذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح للمحرم احتياطا على ما فصل فى كتب الأصول، وهذا يكفى فى الاستدلال لنا، والشافعية يستدلون بما يروى عن عبد الله كما لايخفى على من نظر فى كتبهم (قوله فإن قيل : إجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول : قوله إجماع الصحابة مبتدأ، وقوله على حرمة النساء خبره .

فى صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لايتعين بالتعيين . ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن ، وفى الزعفران وأشباهه لايجوز ، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة .؟

بأن فيه شبهة الربا : أعنى الفضل . وإنما قلنا هذا لأن مقتضى ماذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا ، لأن لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما ، ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لأنه محرم وذلك مبيح ، أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا . ولما كان مقتضى ماذكر أن لايجوز إسلام النقود من الدراهم والدنانير فى الزعفران وفى سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع : أجاب بالفرق بأن الوزن فى النقود وفى تلك الأموال مختلف ، فإنه فى النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات . وفى الزعفران بالأمناء والقبان ، وهذا اختلاف فى الصورة بينهما . وبينهما اختلاف آخر معنوى وهو أن النقود لاتتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين ، وآخر حكمى ، وهو أنه لو باع بالنقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن ، وتفسيره لو اشترى دراهم أودنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشترى وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا ، وفى الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن فى مثله (فإذا اختلفا) أى النقد والزعفران ونحوه (فيه) أى فى الوزن (صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكما نشر

التفاضل وحرم النساء فإن ذلك يقتضى عدم إسلام النقود فى الزعفران لوجود الوزن كإسلام الحديد فى الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد ، لأنه وإن جمعهما الوزن لكنهما يختلفان فى صفة الوزن ومعناه وحكمه : أما الأول فلأن الزعفران يوزن بالأمناء والنقود بالصنجات وهى معربة سنك ترزون . ونقل عن الفراء أن السين أفصح ، ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين . وأما الثانى فلأن الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لايتعين بالتعيين . وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار إليه على أنه عشرة دنانير مثلا فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن . ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلا وقباه المشترى ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن (وإذا اختلفا فى الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة) فإن الموزونين إذا اتفقا فالمنع للشبهة ، فإذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهى غير معتبرة) لايقال : لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ للاشتراك اللفظى ليس إلا ، وهو لايفيد الاتحاد بينهما، فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة . وفى عبارة المصنف رحمه الله تسامح ، فإنه قال : فإذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ، ولهذا قال شمس الأئمة : بل نقول اتفاقهما فى الوزن صورة لامعنى وحكما ، إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال فى أول التعليل فى صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ماذكره شمس الأئمة . وقال العراقيون فى وجه ذلك : إنما جاز لأن الشرع رخص فى السلم والأصل فى رأس المال هو النقود ، فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسد باب السلم فى الموزونات على ماهو الأصل والغالب ، فأثر بشرع الرخصة

(قوله وأما الثانى فلأن الزعفران مثمن الخ) أقول : لا يظهر كون هذا اختلافا فى معنى الوزن ، بل ذلك اختلاف معنوى بين الموزونين

(قوله لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظى) أقول : لا يخفى عليك أن نفى اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البديهة .

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل

مرتب بعد اللف ، ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لايتعلق بالوزن ، وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن ، وكذا الأول فإن الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضا ، وكذا الأخير ، بل لافرق بين النقد وغيره فى ذلك . وقوله وفى الزعفران وأشباهه لايجوز إن أراد أنه بعد ما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع ، بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يزنه الآخر ليسلمه إليه ليصح تصرف الآخر فيه ، وكذا نقول فى الدراهم إذا قبضها ، وأما أن يقال إذا بالدراهم حتى كانت ثمنا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها . بخلاف الزعفران لأنه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف فى الثمن قبل قبضه . بخلاف المبيع ، وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمى وحده لايوجب اعتباره غير مشارك له فى أصل الوزن . وإذا ضعف هذا فالوجه فى هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرنا ، ويلحق به تأثير الكيل الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود فى الموزونات بالإجماع كى لايفسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لايجوز أن تسلم فى الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد فى قطن أو زيت فى جبن وغير ذلك ، إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا فى الذهب والفضة ؛ فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز إلا فى الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه فى الحديد لاتحاد الجنس ، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وإن كان أحدهما أثقل من الآخر ، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجرى فيه ربا الفضل وإن كانت لاتباع وزنا لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلايتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة . وأورد أنه ينبغى أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير فى الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن . أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية ، وهل يجوز بيعا ؟ قيل : إن كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل ، وإن كان بلفظ المسلم فقد قيل لايجوز . وقال الطحاوى : ينبغى أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل ، هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود ؛ فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعى . وقال مالك : جنس واحد حتى لايجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لأن اسم الطعام يقع عليهما . قلنا : بل جنسان لأنهما مختلفان اسما ومعنى ، وإفراد كل عن الآخر فى قوله صلى الله عليه وسلم « الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير » يدل على أنهما جنسان ، وإلا قال الطعام بالطعام ، وكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الأخص لايوجب أن جميع مايصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالإنسان والفرس ، ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهى ، والثوب المروى والمروى وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها ، وكذا المروى المنسوج ببغداد وبخراسان واللبد الأرمنى والطالقانى جنسان ، والتمر كله جنس واحد ، والحديد والرصاص والشبه أجناس ، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس ، ودهن البنفسج والخيرى جنسان ، والأدهان المختلفة أصولها أجناس . ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل

فى التجويز ، وهذا ظاهر من الفرق . قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به (قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالحنطة والشعير والتمر والملح

أبدا : وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا ، وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لأن النص أقوى من العرف والأقوى لايترك بالأدنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لأنها دلالة. وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت . فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها

أبدا . وإن ترك الناس الكيل فيه) حتى لايجوز بيعه وزنا وإن تماثلا في الوزن إلا إن علم أنهما متماثلان في الكيل أيضا (وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف) لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليالى العيد . والنص بعد ثبوته لايحتمل أن يكون على باطل . ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط . والنص حجة على الكل فهو أقوى . ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وفي المجتبى : ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لايجوز (وما لم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الأسواق (لأنها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا الحديث . ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص ، وزاد الشافعي أن ماكان مستخرجا من أصل فهوملحق به لأنه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لأن النص على ذلك) الكيل في الشيء أو الوزن فيه ماكان في ذاك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم . وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم إياهم على ماتعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لأن العرف لايعارض النص كما ذكرناه آنفا ، كذا وجه . ولا يخفى أن هذا لايلزم أبا يوسف لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول : يصار إلى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص ، حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا لنص عليه على وزان ماذكرنا في سنية التراويح ، مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك ، لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة ، لأنا أمنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية ، فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص ، والله أعلم (فعلى هذا لو باع بالحنطة بجنسها

(فهو مكيل أبدا وإن ترك الناس الكيل فيه وكل مانص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لأن النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف ، والعرف ليس بحجة إلا على من تعارف به ، والأقوى لايترك بالأدنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها) أي عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لأن النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان للعادة فيه ، فكان المنظور إليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها

(قال المصنف : وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول : استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية .

(١)
متساويا وزنا ، أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لايجوز عندهما ، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه ، كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الإسلام فى معلوم . قال (وكل ماينسب إلى الرطل فهو وزنى) معناه ما يباع بالأواقى لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا ، بخلاف سائر المكاييل ، وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة .

متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لايجوز عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل فى أحدهما) وقوله (إلا أنه إلى آخره) استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبدا : أى يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو بعمومه يمنع السلم فى الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال : يجوز ذلك لأن المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لايكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن ، بخلاف بيعها بجنسها فإن المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعى المعين ، فما لم يكن ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز ، وهذا مختار الطحاوى . وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لايجوز لأنها مكيل بالنص . والحاصل أن فيه روايتين . والفتوى على الأول وقد عرفت الفرق . وقوله فى الكافى : الفتوى على عادة الناس يقتضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فأسلم وزنا لايجوز ولا ينبغى ذلك ، بل إذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغى أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع . وفى جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزنا فى المكيلات وكذا عن أبى يوسف فى الموزونات كيلا أنه يجوز ، وكذا أطلقه الطحاوى فقال : لابأس بالسلم فى المكيل وزنا وفى الموزون كيلا ، هذا الذى ذكره فرق بين الكيلى نصا الوزنى عادة وقلبه ، فأما الوزنى نصا وعادة كما فى إناءين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر ؛ فى الإناءين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانت العادة أن لايباعان وزنا لأنه عددى متقارب ، وفى أوانى الذهب والفضة لايجوز . فإنه يجرى فيهما ربا الفضل ، وإن كانت لاتباع وزنا فى العادة فإن الوزن فى الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة ، وأما فى الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضا من أن يكون موزونا بالعرف (قوله وكل ماينسب إلى الرطل فهو وزنى) هذا فى التحقيق تفسير لبعض الألفاظ بما ينسب إليها المبيع بلفظ

متساويا وزنا أو ذهبا بجنسه متماثلا كيلا) جاز عنده إذا تعارفوا ذلك ، ولا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن تعارفوه لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة ، لكن يجوز الإسلام فى الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوى لوجود الإسلام فى معلوم ، فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه ، إنما المعتبر هو الإعلام على وجه ينفى المنازعة فى التسليم ، وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن ، وذكر فى التتمة أنه ذكر فى المجرد عن أصحابنا أنه لايجوز فكان فى المسئلة روايتان . قال المصنف (وعن أبى يوسف أنه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا ، لأن النص على ذلك لمكان العادة وكانت هى المنظور إليها وقد تبدلت) أقول : استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف فى زماننا ينبغى أن يكون مبنيا على هذه الرواية . قال (وكل ماينسب إلى الرطل فهو وزنى) الرطل بالكسر والفتح نصف منّ ، والأواقى جمع أوقية كأثفية وإثاف . قيل هى وزن سبعة مثاقيل : وذكر فى الصحاح أنه أربعون درهما ، والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان ، وكل ما يباع بالأواقى

قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس)

بقدر ولم يشتهر فيها أنها اسم يرجع إلى الوزن كما اشتهر فى المنّ والقنطار أو إلى الكيل كما فى الصاع والمد فلا يدرى أهذه الأسماء من قبيل الوزن فيجرى حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجرى عليه حكم الكيلى وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والأوقية . فأفاد أن المنسوب إليها من المبيعات وزنى فيجرى عليه ذلك . فلو بيع ماينسب إلى الرطل والأوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن مايخلهما لايجوز لاحتمال عدم تساويهما فى الوزن فيكون بيع الجزاف . ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح ، وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لإفادة أنه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز . فإنا قدمنا أن أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لايجوز خلافا لزفر ، وقول الشافعى كقولنا ، بل لإفادة أنه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما إليه من الكيل والوزن كان جائزا . ثم الرطل والأوقية تختلف فيها عرف الأمصار ، وتختلف فى المصر الواحد أمر المبيعات ، فالرطل الآن بالإسكندرية وزن ثلاثمائة درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل ، وفى مصر مائة وأربعة وأربعون درهما ، وفى الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله . وفى حلب أكثر من ذلك ، وتفسير أبى عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقى الذى قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ، ثم فى الإسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان ، ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة ، وكل رطل فى عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية ، وربما كان فى غيرها عشرين أوقية ، وحينئذ لايشكل اختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل . وفى زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الأوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا ، وفى نحو المسك والزعفران عشرة . والحاصل أن هذه الأسماء مع أسماء أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال . وقوله بمكيال لايعرف وزنه إلى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان) ذهبا وفضة بجنسه أو بغير جنسه . فإن كان بجنسه اشترط فيه التساوى والتقابض قبل افتراق الأبدان ، وإن اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وأن لايكون به خيار ، وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر ، وهو مستدرك لأن اشتراط التقابض يفيده . ولو أسقط الخيار والأجل فى المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر ، وإن كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوى . واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم « الفضة بالفضة ربا إلا هاء وهاء » وروى ابن أبى شيبة من حديث

فهو وزنى لأنها قدرت بطريق الوزن ، إذ تعديلها إنما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالأواقى وزنا ، بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لأنها قدرت : يعنى أن سائر المكاييل لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار ، وعلى هذا إذا بيع الموزون بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة ، ولو كان المبيع مكيلا جاز . وإنما قيد بقوله بمكيال لايعرف وزنه لأنه إذا عرف وزنه جاز . قال فى المبسوط : وكل شىء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ، ثم قال : يريد به الأدهان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن إلا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمناء والسنجات فى كل وقت لأنه لايستمسك إلا فى وعاء وفى وزن كل وعاء حرج ، فاتخذ الرطل فى ذلك تيسيرا ، فعرفنا أن كل الرطل بيع موزون فجاز بيع الموزون به ، والإسلام فيه بذكر الوزن . قال (وعقد الصرف ماوقع على جنس الأثمان الخ) عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان وهى النقود يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس . قوله (يعتبر فيه)خبر ثان

لقوله عليه الصلاة والسلام « والفضة بالفضة هاء وهاء » معناه يدا بيد . وسنبين الفقه فى الصرف إن شاء الله تعالى . قال (وما سواه[1] مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض[2] خلافا للشافعى فى بيع الطعام) . له قوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المعروف « يدا بيد » ولأنه إذا لم يقبض فى المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية

ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء ، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء . والبرّ بالبرّ ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » ورواه أصحاب الكتب الستة « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبرّ بالبرّ ربا » إلى آخره ، وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبنى على الفتح ، ومعناه خذ وهات : يعنى هو ربا إلا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ ، ومنه ـ هاؤم اقرءوا كتابيه ـ وفسره بأنه يعنى يدا بيد فى الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أى ما سوى عقد الصرف (مما فيه الربا) من بيع الأموال الربوية بجنسها ، أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض ، فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم « يدا بيد » ولأنه حينئذ يقع التعاقب فى القبض وللنقد

لقوله عقد الصرف ؛ ومعنى يعتبر يجب (لقوله صلى الله عليه وسلم « الفضة بالفضة هاء وهاء ») معناه يدا بيد ، وقد تقدم دلالته على الوجوب . وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ : أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان ، وفسره بقوله يدا بيد جرا إلى إفادة معنى التعيين كما نبين (وما سوى جنس الأثمان) من الربويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى فى كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كرّ حنطة بكرّ حنطة أو بغير جنسه ككرّ حنطة بشعير أو تمر ، فإنه إذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المعروف « يدا بيد » والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهى كناية ، وبأنه إذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية ، فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعيين ، وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها ، وهذا أى عدم اشتراط القبض فيما يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هى التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض . فإن قيل : لو كان كذلك لما وجب القبض فى الصرف . أجاب بقوله بخلاف الصرف ، فإن القبض فيه يتعين به فإن النقود لا تتعين فى العقود . قوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث ، فإنه إذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا له على القبض ، والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه « عينا بعين » . ووجه الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب ، أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر . وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آلته كما تقدم ، وأن يكون

(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « الفضة بالفضة هاء وهاء ») أقول : قال الإتقانى : قال المطرزى : هاء بوزن هاع بمعنى خذ ، منه ، قوله تعالى ـ هاؤم اقرءوا كتابيه ـ أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ انتهى . وفى شرح مسلم للنووى فيه لغتان المد والقصر ، والمد أفصح وأشهر وأصله هاك فأبدلت الهمزة من الكاف ، ثم قال : وغلط الخطابى وغيره من المحدثين فى رواية القصر وقالوا : الصواب المد والفتح وليست بغلط بل هى صحيحة كما ذكرنا وإن كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالته على الوجوب) أقول : فى أوائل هذا الباب وهو قوله فإن قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح . أجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة (قوله وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول : فمعنى الحديث والله تعالى أعلم : بيعوا الفضة بالفضة قائلا كل منكم لصاحبه هاء وهاء ، وفيه بحث ، بل المعنى متقائلين هاء وهاء (قوله أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول : لو صح هذا التفسير يلزم أن يكون القبض شرطا فى غير الأثمان أيضا ، إذ لفظ هاء وهاء مذكور فى الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول : يعنى ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول : فيه بحث ، فإن القبض إذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك ، إذ لا يوجد القبض ـ

فثبت شبهة الربا . ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين ، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ؛ ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «يدابيد» عينا بعين . وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا فى المال عرفا ، بخلاف النقد والمؤجل .

مزية فيكون كالمؤجل إذ يحصل التفاوت فى البدلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فى) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك ، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض ، بخلاف الصرف لأن التعيين لايحصل فيه إلا بالقبض ، فإن الدراهم والدنانير لاتتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض . قال : ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت «يدا بيد» وله رواية أخرى عند مسلم «عينا بعين» ولفظه فى مسلم «سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبرّ بالبرّ والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أوازداد فقد أربى» وفيه قصة ، وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع ، بل هذا القدر مهدر لايعد زيادة مالم يذكر الأجل . وقد استشكل بأنه استدل بيدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق فى الصرف ، ثم استدل به هنا على أن الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك أو للحقيقة فى المجاز . والجواب أنه فسر هاء وهاء بيدا بيد ، وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين ، واستدلاله به على التقابض فى الصرف لاينفيه لأن الاستدلال به هناك إنما هو على التعيين أيضا ، لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لابغيره لما قلنا إنها لاتتعين إلا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه ، لكن ينبغى أن يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه . وأجيب عنه بأن رواية عينا بعين تفسير للمحتمل ، لأن يدا بيد يحتمل معنيين فهى تفسير له . ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لأنه يحصل بالقبض ضرورة فلزم

التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لايحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ، ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض فى الصرف وبمعنى العين فى بيع الطعام . لأنا نقول جعلناه فى الصرف بمعنى القبض ، لأن التعيين فيه لايكون إلا بالقبض فهو فى معنى العين فى المحال كلها ، لكن تعيين كل شيء بحسبه . ونوقض بأنه لوكان بمعنى التعيين لما شرط القبض فى إناء ذهب بيع بإناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين ، فإن الإناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط . وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين ، والشبهة فى الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها . واعترض بأن ماذكرتم إنما هو على طريقتكم فى أن الأثمان لاتتعين ، وأما الشافعى فليس بقائل به فلايكون ملزما . والجواب أنه ذكره بطريق المبادى هاهنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ماعرف فى موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن وقله ولأنه إذا لم يقبض فى المجلس . ووجهه المانع تعاقب يعد تفاوتا فى المالية عرفا كما فى النقد والمؤجل ، وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لايفصلون فى المالية بين المقبوض فى المجلس وغيره بعد أن يكون حالا معينا .

إلا وأن يوجد التعيين . فإن قيل : مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث . قلنا : انتفاؤه أيضا ممنوع عنه (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول : لا يقال فيه بحث ، فإن عموم المشترك إرادة كلا معنيى المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام فى الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنا لا نسلم أن ما نحن فيه ليس كذلك : ألا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد» الحديث على ما ذكر فى الكتب المبسوطة .

قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلايتحقق الربا . والشافعى يخالفنا فيه لوجود الطعم على مامر . قال « ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما) عند أبى حنيفة .وأبى يوسف . وقال محمد : لايجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما ، وإذا بقيت أثمانا لاتتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين .

أن عينا بعين تفسيرا ليدا بيد. ولقائل أن يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر فى التقابض. ويجب أن يحمل عينا بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين . وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا ، وباب الربا باب احتياط فيجب أن تحمل العينية على القبض ، ويؤيده فهم عمر رضى الله عنه كذلك فى الصحيحين :أن مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار . فأخذ طلحة الذهب يقلبها فى يده ثم قال : حتى يأتى خازنى من الغابة وعمر يسمع ذلك ، فقال : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبرّ بالبرّ ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » وبهذا استدل ابن الجوزى على اشتراط التقابض على أبى حنيفة رضى الله عنه ، وكيف ومعنى هاء خذ وهو من أسماء الأفعال ومنه ـ هاؤم اقرءوا كتابيه ـ وقال قائل :

تمزج لى من بغضها السقاء ثم تقول من بعيد هاء

وأما مانقل من قياس الشافعى على الصرف فى اشتراط التقابض فدفع بأن الاسم ينبئ هناك عن صرف كل إلى الآخر ما فى يده والمعانى الفقهية تعطف على الأسماء الشرعية ، وليس فى الفرع ذلك إلا أنه لاحاجة له إليه لأن الدليل السمعى على الوجه الذى قررناه يستقل بمطلوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين) إلى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر ،غير أن ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد، أو هى من مسائل الجامع الصغير . صورتها فيه : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز

قال(ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددى المتقارب بجنسه متفاضلا جائز إن كانا موجودين لانعدام المعيار . وإن كان أحدهما نسيئة لايجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء . فإن قيل : الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا فى ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين ؟ أجيب بأن التماثل فى ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك فى حقهم وهو ضمان العدوان . وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهى فيها متفاوتة صغرا وكبرا . وخالفنا الشافعى فيه لوجود الطعم على مامر . قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما الخ) بيع الفلس بجنسه متفاضلا على أوجه أربعة : بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما . وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما . وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما . وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما . والكل فاسد سوى الوجه الرابع . أما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا فى العقد وهو الربا . وأما الثانى فلأنه لوجاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض . وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه فى ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض . وأما الوجه الرابع

(قال المصنف: ويجوز بيع الفلس بالفلس بأعيانهما) أقول : الضمير راجع إلى البدلين (قوله أما الأول فلأن الفلوس) أقول : ولأنه كالئ بكالئ .

ولهما أن الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لاولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولايعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العدّ إذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين

إذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما دينا . وصوره أربع : أن يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لايجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون أحدهما فضلا خاليا مشروطا فى العقد وهو الربا . وأن يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لايجوز . وإلا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر . أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين فى ذمته فيرجع إليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض . وكذا لو باع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه ، لأنه لو جاز لقبض المشترى الفلسين ودفع إليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع ، وهذا على تقدير إن رضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن. والرابع أن يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد . وأصله أن الفلس لايتعين بالتعيين مادام رائجا عند محمد ، وعندهما يتعين ، حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد . وجه قول محمد أن الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلاتبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثمانا لاتتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع

فجوزه أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لايجوز لأن الثمنية فى الفلس تثبت باصطلاح الكل ، وما يثبت باصطلاح الكل لايبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثمانا وهى لاتتعين بالاتفاق ، فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين . وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة مادامت رائجة لاتتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها ، كما إذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما أن الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لاولاية لغيرهما عليهما) وما ثبت باصطلاحهما فى حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك . واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لاتكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لاتكون عروضا أيضا باصطلاحهما إذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما . وأجيب بأن الأصل فى الفلوس أن تكون عروضا ، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل ، فلا يجوز أن تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل . وأما إذا اصطلحا على كونهما عروضا كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزا وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية . وفيه نظر لأنه ينافى قوله إن الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لاولاية للغير عليهما . ويمكن أن يقال : معناه أن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما ، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية ، وإذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين . فإن قيل : إذا عادت عرضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لايجوز . أجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزنيا لأنهما بالإقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا إلى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفى بانتفائها فبقى معدودا ، واستدل على بقاء الاصطلاح فى حق العد بقوله إذ فى نقضه : يعنى الاصطلاح فى حق العد فساد العقد ، وفيه نظر لأنه مدعى الخصم ولوضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول الأصل حمل العقد عليها مطلقا أو فى غير الربويات ، والأول ممنوع والثانى لايفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العددية عن

(قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول : لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة فى السند (قوله والأول ممنوع الخ) أقول : الظاهر أنه لامجال للمنع ، فإن الأصل فى جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها حملا لأمور المسلمين على

بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة ، وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالئ بالكالئ وقد نهى عنه ، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء .

الدرهم بالدرهمين . ولهما أن ثمنيتها فى حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما ، وإذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا . اعترض عليه بأن الفلوس إذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها . أجيب بأن الفلوس فى الأصل عروض . فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الأصل فلا يجوز أن تصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الأصل وخلاف الناس . وأما إذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الأصل فيجوز وإن كان من سواهما على الثمنية . وقوله ولا يعود وزنيا وإن صار عروضا جواب عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لأنه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن . فأجاب بأن الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية . واصطلاحهما على إهدار ثمنيتها لا يستلزم إهدار العددية ، فإنه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض . بخلاف الدرهم بالدرهمين لأن النقود للثمنية خلقة ، وبخلاف ما إذا كانا بغير عينهما لأنه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهى عنه ، ولا يخفى ضعف قوله لأن الجنس بانفراده يحرم النساء . وإنما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك ؛ ألا ترى أن البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة ، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء . والكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة : هو النسيئة بالنسيئة . وفى الفائق : كلأ الدين بالرفع كلأ فهو كالئ إذا تأخر . قال الشاعر :

* وعينه كالكالئ الضمار * يهجو رجلا يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمتأخر الذى لا يرجى ، ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر : أى أكثره تأخيرا ، و تكلأت كلأ : أى استنسأت نسيئة . وحديث النهى عن الكالئ بالكالئ رواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار فى مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع كالئ بكالئ » وضعفه أحمد بن حنبل بموسى بن عبيدة فقيل له إن شعبة يروى عنه ، فقال : لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يروعنه . ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم بن أبى يحيى الأسلمى عن عبد الله بن دينار وضعف بالأسلمى . ورواه الحاكم والدارقطنى عن موسى ابن عتبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم ، وغلطهما البيهقى وقال : إنما هو موسى بن عبيدة الزبيدى . ورواه الطبرانى من حديث رافع بن خديج فى حديث طويل وعن كالئ بكالئ . والحديث لا ينزل عن

الثمنية . وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما . وقوله (وبخلاف) جواب عما يقال كما إذا كان بغير أعيانهما فإن ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ : أى نسيئة بنسيئة وهو منهى عنه (قوله وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين ، لأن

الصلاح وتحسينا للظن بهم ، ولا يخفى عليك إمكان حمله عليها هنا فإن الوزن ليس منصوصا عليه فى النحاس ، والمتعارف فى المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل (قال المصنف : لأنه كالئ بالكالئ وقد نهى عنه) أقول : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنه نهى عن الكالئ بالكالئ . قال أبو عبيدة : هو النسيئة بالنسيئة . وقال صاحب الفائق : كلأ الدين كلوءا فهو كالئ : إذا تأخر ، ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر : أى أطوله وأشده تأخرا ، وكلأته : أى أنسأته ، وكلأت فى الطعام : أى أسلفت ،

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق[١]) لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل ، لكن الكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط

الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أى دقيقها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أى سويق الحنطة . أما سويق الشعير فيجوز لأن غاية مايستلزم شبهة التفاضل . وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته . وإنما امتنع لأن المجانسة بين الحنطة ودقيقها وإن انتفت اسما وصورة ومعنى موجودة فإن المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة وإخراج النشا منتف فى الدقيق فهى باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة ، وإنما لم يقل أجزاؤها لأن من أجزائها النخالة أيضا فالحنطة كسرت على أجزاء صغار ، وذلك لاينفى المجانسة والمعيار فى كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل . والكيل لايوجب التسوية بينهما لأن بعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكتنزة (فيه) أى فى الكيل : أى مضمنة انضماما شديدا ، والقمح فى الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل . فصار بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال ، وحرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة إلا فيما لااعتبار به مثل أن يتفق كبس فى كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء فى الأخرى . فإذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وإن كانت كيلا بكيل) مساو ، وقولنا قول الشافعى فى الأظهر عنه ، وسفيان الثورى وأحمد فى رواية خلافا لمالك وأحمد فى أظهر قوليه ، لأن الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا ، وماذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه . وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف ، إلا أن الشافعى أجازه لأن النخالة ليست من أموال الربا لأنها لاتطعم . وقولنا المعيار فى الحنطة والدقيق الكيل لايراد به إلا فيما إذا بيع بجنسه ، أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) وهو قول أحمد ، وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ، ومنع الشافعى بيع الدقيق بالدقيق لأنه لايعتدل فى الكيل لأنه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوى فى الكيل ، ونحن نمنع كونه لايعلم بل يعلم ، وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله فى كيل القمح وقد سقط اعتباره . وفى الذخيرة عن الإمام الفضلى : إنما يجوز إذا تساويا كيلا إذا كانا

عدم الجواز ثمة باعتبار أن الجنس بانفراده يحرم النساء . قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) بيع الحنطة بالدقيق أو بالسويق لايجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربا لأنهما مكيلة ، والمجانسة باقية من وجه لأنهما أى الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لأن الطحن لم يؤثر إلا فى تفريق الأجزاء ، والمجتمع لايصير بالتفريق شيئا آخر زائلة من وجه ، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعانى كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعانى ، فإن مايبتغى من الحنطة لايبتغى من الدقيق ، فإنها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق . وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه ، فوقع الشك فى زواله واليقين لايزول بالشك . فإن قيل : لايخلو إما أن يكون الدقيق حنطة أو لا ، والثانى يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لامحالة ، والأول يوجب الجواز إذا كان متساويا كذلك . أجاب بأن المساواة إنما تكون بالكيل والكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار

(قال المصنف : لأنهما من أجزاء الحنطة) أقول : وإنما لم يقل أجزاؤها لأن من أجزائها النخالة أيضا .

(وبيع الدقيق بالسويق لايجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ، ولامتساويا لأنه لايجوز بيع الدقيق بالمقلية ولابيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه . وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود .

مكبوسين وهو حسن ، ولفظ متساويا نصب على الحال ، ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والأصل متساويا كيله . وفى بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان ، وفى الخلاصة : لم يذكر غير رواية المنع فقال فى جنس آخر فى الزرع والثمار ، وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنا لايجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق ، وكذا بيع النخالة بالنخالة . وفى شرح أبى نصر : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة . والذى فى الخلاصة أحسن لإهدار ذلك القدر من زيادة النعومة ، وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لايجوز إلا مماثلا ، وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبى يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التى فى الدقيق . ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لايجوز) أى لايجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبى حنيفة متفاضلا ولا متساويا ، أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك فى جوازه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لأنهما) أى دقيق الحنطة وسويقها مثلا (جنسان) وإن رجعا إلى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلى والطحن فإن المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع

كالمجازفة فى احتمال الزيادة (فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل) قبل حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة فى الأصل ، وعلى ماذكرتم فى هذا الفرع تثبت حرمة لاتتناهى فصار مثل ظهار الذمى على ماعرف . وأجيب بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة فى الحنطة أو فى الشبهة ، والثانى ممنوع فإن حرمة النساء لاتتناهى بالمساواة ، والأول مسلم لكن مانحن فيه من الثانى . ويجوز أن يقال : الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها ، وفيما نحن فيه لاتتحقق . ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوى ومتساويا وكيلا بكيل ، قيل حالان متداخلان ، لأن العامل فى الأول بيع وفى الثانى متساويا ، ويجوز أن يكونا مترادفين . وفائدة ذكر الثانية نفى توهم جواز المساواة وزنا . حكى عن الشيخ الإمام أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين ، ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبى حنيفة متساويا ولا متفاضلا ، لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية والسويق أجزاؤها مقلية ، فكما لايجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لايجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر . وعندهما يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود

(قال المصنف : فكذا بيع أجزائهما) أقول : كان الظاهر أن يقول : فكذا بأجزائهما ، إلا أنه عدل إلى هذا إشارة إلى أنها مبيعة أيضا فى أمثال هذا البيع (قوله وأجيب بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة فى الحنطة أو فى الشبهة) أقول : قوله فى الحنطة أو فى الشبهة يحتمل أن يكون قيدا للمساواة ، فمعنى قوله فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة : أى بشبهة المساواة التى فى النساء لاستلزام شبهة الفضل شبهة المساواة أيضا ، ويحتمل أن يكون قيدا للربا وهو الأنسب بقوله فإن حرمة النساء الخ ، والأول أقرب فليتأمل ؛ وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثانى وإلا لزم التكرار (قوله ويجوز أن يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلابد من تحققها الخ) أقول : بأن يكون كلا البدلين نسيئة ، فإنه لايجوز للزوم الكالئ بالكالئ (قوله ومتساويا وكيلا بكيل حالان متداخلان) أقول : فكيلا ينبغى أن يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندى أن انتصاب كيلا على التمييز أى متساويا كيله تأمل ، وسيجىء من الشارح تفسير كيلا بقوله أى من حيث الكيل فى شرح قوله « والرطب بالرطب » يجوز متماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا تمييزا (قوله لقيام المجانسة من وجه) أقول : مع انتفاء المستوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول : لذلك أيضا (قوله لأنهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول : لا يقال : اختلاف المقاصد

قلنا : معظم المقصود وهو التغذى يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعالكة بالمسوّسة . قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : إذا باعه بلحم من جنسه لايجوز

خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لايتأتى من السويق . كما أن مايقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلتّ بسمن وعسل ويؤكل لايتأتى من الدقيق ، وإذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا . وأبو حنيفة يمنع أنهما جنسان وله طريقان : أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لايجوز اتفاقا ، وذلك ليس إلا لاعتبار اتحاد الجنس . وعدم العلم بالتساوى مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر ، والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ، ولم يزد الدقيق على الحنطة إلا بتكسيره بالطحن ، وكذا الآخر وذلك لايوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده . والثانى وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لايجوز ، وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق ، وليس ذلك إلا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لايثبت إلا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا . قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هى متحدة فيه (وهو التغذى فلا يبالى بفوات بعضها) الذى هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس فى الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما فى ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد ، فإن المقلية لاتصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أى الجيدة السالمة من السوس (مع المسوّسة) ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير أن المسوّسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا ، والمقلية مع غير المقلية لايجوز لما ذكرنا من أن الكيل لايسوى بينهما . فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا . قيل يجوز إذا تساويا وزنا ذكره فى الذخيرة . وقيل لا وعليه عوّل فى المبسوط . ووجهه أن النار قد تأخذ فى أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى . ومسوسة بكسر الواو كأنها هى سوست : أى أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبى حنيفة وأبى يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك

إذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شىء من ذلك بالسويق بل المقصود به أن يلتّ بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء ، وكذلك الاسم « وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » . والجواب أن معظم المقصود وهو التغذى يشملهما وفوات البعض لايضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالمسوسة) التى أكلها السوس والمقلية هى المشوية من قلى يقلى إذا شوى ، ويجوز مقلوة من قلا يقلو ، والعلكة هى الجيدة التى تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع ، والسوسة العثة وهى دودة تقع فى الصوف والثياب والطعام ، ومنه حنطة مسوّسة بكسر الواو المشددة . قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجوه : منها ما إذا باعه بحيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما فى اللحمان المختلفة على ماتبين . ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط ، وهو جائز بالاتفاق إن كانا متساويين فى الوزن وإلا فلا . ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لايجوز إلا أن يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق . ومنها ما إذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة

حاصل فى الحنطة مع الدقيق مع أنهما جعلاهما متحدى الجنس من وجه ، إذ المسئلة اتفاقية ، فما بالهما هنا لم يجعلا الدقيق والسويق كذلك لأن الحنطة إذا قليت صارت بالقلى كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد ، وإذا فرقت الأجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجه ، ففى الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة ، وفى الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل .

إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بمقابلة السَّقَط . إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحَلّ بالسمسم . ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون ، السقط الردى ء

الحيوان أو لا مساويا لما فى الحيوان أو لا بشرط التعيين ، أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم فى الحيوان واللحم . وفصل محمد رحمه الله فقال : إن باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية . ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان . وإن كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذى فى الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم . وباقى اللحم (بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا) إما لزيادة السقط إن كان اللحم المفرز مثل مافى الحيوان من اللحم ، أو لزيادة اللحم إن كان اللحم أقل مما فى الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السمسم لا يجوز إلا على ذلك الاعتبار . والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والأكارع ؛ ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساويا وزنا بالإجماع ، والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط ، وإن كانت بسقطها لا يجوز إلا على الاعتبار . ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل . أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة ، وأما على قول محمد فإنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم فى إحداهما مع سقطها بإزاء السقط ، وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز ، لأن اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بإزاء الجلد ونحوه . فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه . وقال مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره ، خلافا للمزنى من أصحاب الشافعى فإنه قال كقول أبى حنيفة وأبى يوسف . ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز ؛ وللشافعى قولان والأصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان . وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى الإطلاق (أنه باع موزونا بما ليس بموزون) فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما فى الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن ،

الكتاب وهو جائز عند محمد (إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا) إما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) . والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما فى الضمن (فصار كالحَلّ) أى الشيرج (بالسمسم . ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لأن اللحم موزون لا محالة ، والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن ، لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بضرب قوة فيه فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت ، بخلاف مسئلة الحل بالسمسم لأن الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير بوزن الثجير وهو ثقله ، وهذا فى الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان . والذى يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال ، وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم ، والحيوان لا يوزن فى الابتداء حتى

(قوله والذى يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ) أقول : أى وزن السمسم فى الحال عند المبايعة يشمل : أى يظهر شموله إياهما عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول : يعنى بوزن الحل الذى جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذى جعل فى مقابلته ويعلم قدره أيضا فحينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فبعد العلم بمقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانيا ، بل يكفى الوزن الأول للسمسم لتلك المعرفة ، فلعل المراد من تعريف الوزن إياه فى الحال هو هذا .

لأن الحيوان لايوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى. بخلاف تلك المسئلة لأن الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين التجير (١) . ويوزن التجير . قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبى حنيفة) وقالا : لايجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه « أو ينقص إذا جف ؟ فقيل نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا إذا »

لكن اتحاده مع اختلاف المقدّر به إنما يمتنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه . وإنما قلنا إن الحيوان ليس بموزون (لأنه لايوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل . لأن الحيوان لايعرف قدر ثقله بالوزن لأنه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى حاله . بخلاف الدهن والسمسم (لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز من التجير) ثم يوزن التجير هذا على التنزل وإلا فهما على ماقال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذا من قوله تعالى ـ فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر ـ أى بعد نفخ الروح ، فعلم أن الحىّ مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار . وإنما امتنع النساء لأنه حينئذ سلم وهو لايجوز كما قدمناه . واعلم أن السمع ظاهر فى منع بيع اللحم بالحيوان ، ومنه ضعيف وقوىّ ، فمن القوىّ ما رواه مالك فى الموطإ وأبو داود فى المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان » . وفى لفظ « نهى عن بيع الحىّ بالميت » . ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق . وقال ابن خزيمة : حدثنا أحمد بن حفص السلمى ، حدثنى أبى ، حدثنى إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه . قال البيهقى : إسناده صحيح ، ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد . وأنت تعلم أن المرسل عندنا حجة مطلقا . وأسند الشافعى إلى رجل مجهول من أهل المدينة « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بياع حىّ بميت » وأسند أيضا عن أبى بكر الصدّيق رضى الله عنه « أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان » وبسنده إلى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبى بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون ، وحديث أبى بكر رضى الله عنه لعله بالمعنى ، فإن مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أعرابىّ بعناقه فقال : أعطونى بهذا العناق لحما ، فقال أبو بكر رضى الله عنه : لايصح هذا » وتأوّلوه على أنه كان من إبل الصدقة نحر ليتصدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبى حنيفة)

إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لايطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم ، فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون . وفى ذلك اختلاف الجنسين أيضا ، فإن اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالإرادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد . فإن قيل : إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك . أجيب بأن النسيئة إن كانت فى الشاة الحية فهو سلم فى الحيوان ، وإن كانت فى البدل الآخر فهو سلم فى اللحم وكلاهما لايجوز (قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلا لايجوز بالإجماع ، ومثلا بمثل جوّزه أبو حنيفة خاصة (وقالا : لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد بن أبى وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص إذا جف ؟ فقيل نعم ، قال : لا إذا) أى لايجوز على تقدير النقصان بالجفاف. وفيه إشارة إلى اشتراط المماثلة فى أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل فى الحال لايعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل . ولأبى حنيفة

(قوله وفى ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول : هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما (قوله لا إذا) أقول : مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام .

وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى إليه رطب « أوكل تمر خيبر هكذا » سماه تمرا . وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولأنه لوكان تمرا جاز البيع بأول الحديث . وإن كان غير تمر فبآخره ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام

وقال أبو سوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله : لا يجوز . فقد تفرد أبوحنيفة بالقول بالجواز . وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطإ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت ، فقال سعد : أيهما أفضل ؟ قال البيضاء ، فنهاه عن ذلك وقال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أينقص الرطب إذا جفّ ؟ قال نعم ، فنهاه عن ذلك » فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البدلين في ثاني الحال عن المساواة . ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح (ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى له رطب « أو كل تمر خيبر هكذا » فسماه) أي سمى الرطب (تمرا) وهذا إنما يتم إذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا . أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بني عدي الأنصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر ، فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل تمر خيبر هكذا ؟ فقال لا والله يارسول الله ، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتفعلوا ولكن مثلا بمثل ، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا » وكذلك الميزان . ولفظ آخر « إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة ، فقال : لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا » والجمع أصناف مجموعة من التمر . ومادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا أنه يحنث فليس كذلك ، بل المذهب أنه لايحنث لأن مبناها على العرف ، وسنذكر تمامه . ثم قال المصنف (ولأنه إن كان تمرا) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر ، فسألوه عن التمر فقال : الرطب إما أن يكون تمرا أو لم يكن . فإن كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر » وإن لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف النوعان

المنقول والمعقول . أما الأول «فلأنه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا حين أهدى رطبا فقال : أو كل تمر خيبر هكذا ؟» وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من حديث المشهور ، وأما المعقول فما روى أن أباحنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا شديدا عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لايخلو إما أن يكون تمرا أو لا ، فإن كان تمرا جاز العقد بأول الحديث : يعني قوله « التمر بالتمر» وإن لم يكن جاز بقوله « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » فأورد عليه حديث سعد فقال : هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة . واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن . سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لايعارض به المشهور . واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره . فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لاتتم به بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه ، فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك ، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ، ويجوز أن يقال إنه حنطة (قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا : إنما جاز أن لو ثبتت

(قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول : الظاهر أن يقال سعد (قوله من إطلاق اسم التمر عليه) أقول : أي اسم التمر .

« إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة .

فبيعوا كيف شئتم » فأورد عليه الحديث ، فقال : هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لايقبل حديثه . وأبدله المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف فى قوله زيد بن عياش فإن المذكور فى كتب الحديث زيد أبو عياش . وتبع فى ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاى . قال الإمام الزيلعى المخرّج رحمه الله : ليس ذلك بصحيح . قال صاحب التنقيح : زيد بن عياش أبو عياش اللورقى . ويقال المخزومى . ويقال مولى بنى زهرة المدنى ليس به بأس . وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول ، وقد ردّ ترديده بين كونه تمرا أولًا بأن هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما ، فكذا الرطب بالتمر لايسويهما الكيل ، وإنما يسوى فى حال اعتدال البدلين وهو أن يجفّ الآخر . وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوى حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لايمنع مع المساواة فى الحال إذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة ، بخلاف المقلية بغيرها فإنا فى الحال نحكم بعدم التساوى لاكتناز أحدهما فى الكيل ، بخلاف الآخر لتخلخل كثير وردّ طعنه فى أبى عياش أيضا بأنه ثقة كما نقلنا آنفا من قول صاحب التنقيح ، وأيضا روى عنه مالك فى الموطإ وهو لايروى عن رجل مجهول . وقال المنذرى : كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران بن أبى أنس وهما ممن احتج بهما مسلم فى صحيحه ، وقد عرفه أئمة هذا الشأن ، وقد أخرج حديثه مالك فى الموطإ مع شدة تحريه فى الرجال . وقال ابن الجوزى فى التحقيق : قال الإمام أبو حنيفة : زيد أبو عياش مجهول ، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ، ثم ذكر ماذكرنا . وقد أجيب أيضا بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهى عنه نسيئة ، فإنه ثبت فى حديث أبى عياش هذا زيادة نسيئة ، أخرجه أبو داود فى سننه عن يحيى بن أبى كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه يقول : «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيئة » وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه ، وكذا رواه الطحاوى فى شرح الآثار ، ورواه الدارقطنى وقال : اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبى كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكا وإسماعيل بن أبى أمية والضحاك بن عثمان وآخر ، وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا فى زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين فى مجلس واحد ، ومثلهم لايغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه فى تحرير الأصول ، وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما فى مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا مالم يسمع المشاركون له فى ذلك المجلس بالسماع ، فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله فى مجالس ذكر فى بعضها ما تركه فى آخر والله الموفق . لكن يبقى قوله فى تلك الرواية الصحيحة « أينقص الرطب إذا جف » عريا عن الفائدة إذا كان النهى عنه نسيئة . وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون فى هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف

المماثلة بينهما كيلا ، ولا تثبت لما قيل إن القلى صنعة يغرم عليها الأعواض ، فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم . لايقال ذلك راجع إلى التفاوت فى الصفة وهو ساقط كالجودة ، لأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث . وأما الراجع إلى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة ، فكل تفاوت ينبنى على صنع العباد فهو مفسد كما فى المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق . وكل تفاوت خلقى فهو ساقط العبرة كما فى الرطب والتمر والجيد والردىء

قال (وكذا العنب بالزبيب) يعنى على الخلاف والوجه مابيناه . وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية ، والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لأنه بيع التمر بالتمر ، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة ، أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة فى أعدل الأحوال وهو المآل ، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره فى الحال ،

فمنعه على طريق الإشفاق مبنى على أن السائل كان ولى يتيم ولا دليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب : يعنى على الخلاف) عند أبى حنيفة يجوز مع التساوى كيلا وعندهما لايجوز . وقوله (والوجه مابيناه) لهما يعنى فى منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أينقص إذا جفّ » باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها . ولأبى حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساويا أو لا فيجوز مطلقا . ونقل القدورى فى التقريب عن أبى جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا . وذكر أبو الحسن أن عندهما لايجوز إلا على الاعتبار ، فقال المصنف (وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية) فإنه لايجوز البيع لأن القلى كائن بصنع العباد فتعدم اللطافة التى كانت الحنطة بها مثلية ، بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لايعتبر فهذا هو الأصل ، فصار فى بيع العنب بالزبيب أربع روايات : لايجوز اتفاقا ، يجوز اتفاقا وهى رواية أبى جعفر على الخلاف وهى رواية الكتاب ، يجوز عنده ، وعندهما لايجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود فى العنب فصار كالزيت بالزيتون . والفرق لأبى حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا فى الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزنى خلافا للشافعى ، وكذا الخلاف فى كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والإجاص لايجيز بيع رطبه برطبه ، كما لايجيز بيع رطبه بيابسه لأنه لايعرف قدر النقصان إذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر ، وكذا الخلاف فى الباقلاء الأخضر بمثله ، لأن بين الباقلاءتين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية ، وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز ، وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فى الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة إلى هنا . والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب فى الخابية فهو منقع . وأصله أن محمدا يعتبر المساواة فى أعدل الأحوال وهو المآل عند الجفاف كما أشار إليه حديث سعد ، وذلك منتف فى المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة . أما مع اليابسة فظاهر ، وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع فى قدر البلل . قال الحلوانى : الرواية محفوظة عن محمد

والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ، ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبى حنيفة رحمه الله (وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه . فإن النص لما ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعى المفسد كما فى المقلية بغيرها ، والرطب

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول : الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق فى باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول : فيه بحث ، فإن تقويتها إنما هى لاعتبار التفاوت الصنعى إذ بذلك لايمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه .

وكذاأبو يوسف رحمه الله عملا بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما . ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول و بين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد ، وفى الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا فى عين المعقود عليه ؛ وفى الرطب بالرطب

أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لايجوز إذا انتفخت . أما إذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا . وأبوحنيفة . وأبويوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوى فى الحال (عملا بإطلاق الحديث) أى حديث عبادة بن الصامت وغيره (إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبى وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به إلا ما كان فى معناه ، والحنطة الرطبة ليست فى معنى الرطب من كل وجه . والرطوبة فى الرطب مقصودة وفى الحنطة عيب . وفى المبسوط ذكر فى بعض النسخ قول أبى يوسف مع أبى حنيفة وهو قوله الآخر . وقوله الأول كقول محمد . وقد نقض ماتقدم من الأصل وهو أن التفاوت بصنع العباد معتبر فى المنع . وما بأصل الخلقة لا بالحنطة المبلولة فإن الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع أنه جاز العقد . أجيب بأن الحنطة فى أصل الخلقة رطبة وهى مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ماهو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلى (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من بيع الحنطة الرطبة إلى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازه ، وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يجيزه ، وحاصله (أن التفاوت) إن ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد . وإن ظهر بعد زوال الاسم عنهما لايفسد ، فى الرطب بالرطب. والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذى عقد عليه العقد ، فإن الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا فى المعقود عليه . وفى الحنطة المبلولة وما فى معناه لايتغير فيظهر فى نفس المعقود عليه فيمتنع

بالرطب يجوز متماثلا كيلا : أى من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ، لأنه ربوى يتفاوت فى أعدل الأحوال : أعنى عند الجفاف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق . ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا ، وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو الحنطة المبلولة بالمبلولة أو الحنطة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع ، من أنقع إذا ألقى فى الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : لايجوز فى جميع ذلك ، هو يعتبر المساواة فى أعدل الأحوال وهو حال الجفاف ، ومفرعه حديث سعد ، وأبو حنيفة يعتبرها فى الحال عملا بإطلاق المشهور ، وكذلك أبو يوسف إلا أنه ترك هذا الأصل فى بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضى الله عنه ؛ واحتاج محمد إلى الفرق بين هذه الفصول : يعنى بيع الحنطة الرطبة والمبلولة إلى آخرها ، وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها فى أعدل الأحوال وفيه فى الحال . ووجه ذلك ماذكره فى الكتاب . وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذى عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه فى المعقود عليه ، وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذى عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد إذا لم يكن تفاوتا فى المعقود عليه فلا يكون معتبرا . ولقائل أن يقول : هذا إنما يستقيم إذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية ، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا ، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهى

(قوله ولقائل أن يقول : هذا إنما يستقيم الخ) أقول : ولك أن تقول : المراد بالضمير الراجع إلى الاسم فى قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام ، أو يقال المضاف مقدر : أى مسماه بقرينة جعله معقودا عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الإشكال .

التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا فى المعقود عليه فلا يعتبر . ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لايجوز لأن البسر تمر ، بخلاف الكفرّى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر ، فإن هذا الاسم له من أول ماتنعقد صورته لا قبله ، والكفرّى عددى متفاوت ، حتى لو باع التمر به نسيئة لايجوز للجهالة . قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما فى الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ مافيه من الدهن موزون ، وهذا لأن ما فيه لو كان

(ولو باع البسر بالتمر)متساويا يجوز (ومتفاضلا لايجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفرّى) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو أول ماينشق (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أى كيلا من التمر بكيلين من الكفرّى وقلبه لأنه ليس بتمر (لأن) الكفرّى لم ينعقد بعد فى صورة التمر (وهذا الاسم) أعنى التمر له (من أول ماتنعقد صورته لا قبله) وبهذا استدل بعضهم لأبى حنيفة فى بيع الرطب بالتمر ، فورد عليه أنه لو حلف لايأكل تمرا فأكل رطبا لايحنث فكان غيره . فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح ، بل المسئلة مسطورة فى الكتب المذهبية المشهورة بأنه لايحنث ، وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لا يأكل تمرا فأكل بسرا ولم يكن به حاجة إلى هذا ، إذ يكفيه أن الأيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة ، وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد إلى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الأول . وقوله (والكفرّى عددى متفاوت إلى آخره) جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن الكفرّى تمرا ينبغى أن يجوز إسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال : الكفرّى عددى متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز إسلامه فيه ، ولا أن يشترى به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوما أنه (أكثر مما فى الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أومساو لايجوز ، فالاحتمالات أربع ، والجواز فى أحدها بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد (والزائد) منه (بـ)مقابلة (الثجير) وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله : إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر إذا كان الثفل فى البدل الآخر شيئا له قيمة ، أما إذا

لاتنبلبل . قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلا لايجوز لأنه تمر لما بينا أن التمر اسم لثمرة النخل من أول ماتنعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالإجماع ، وبيع الكفرّى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمى به لأنه يستر ما فى جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد ، لأن الكفرّى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفرّى عددى متفاوت) قيل : هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز إسلام التمر فى الكفرّى لكنه لم يجز . وتقرير الجواب أنه عددى متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت آحاده فى المالية فلا يجوز الإسلام فيه للجهالة . قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون مايتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الأبيض ، ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره ، والمراد به هاهنا مايتخذ من السمسم . واعلم أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما فى الضمن . ولا يعتبر الثانى مع وجود الأول . ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما فى الضمن ، وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثانى ، ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع . فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية مايستخرج من الزيتون أولا ، والثانى لايجوز لتوهم الفضل الذى هو كالمحقق فى هذا الباب ، والأول إما أن يكون المنفصل أكثر أولا . والثانى لايجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير

أكثر أو مساويا له. فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل. ولو لم يعلم مقدار ما فيه لايجوز لاحتمال الربا، والشبهة فيه كالحقيقة، والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. واختلفوا فى القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع.

كان لاقيمة له كما فى الزبد بعد إخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد، يروى ذلك عن أبى حنيفة. وقال زفر: يجوز مع عدم العلم لأنه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك. والأصل الصحة. وقلنا: الفساد غالب لأنه على تقديرى النقصان والمساواة، والصحة على تقدير الأكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به. وعند الشافعى لايجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد. واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما فى الضمن فتمنع النسيئة كما فى المجانسة العينية. وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم، وتنتفى باعتبار ما أضيفت إليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا إليه من الورد والبنفسج نظرا إلى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الأصل وعلى هذا دهن الزهر فى ديارنا ودهن البان؛ أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا، وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ماطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب، وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلى لوز غير مطبق، وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلى دهن اللوز الخالص، وكذا رطل زيت مطيب برطلى زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التى فيها بإزاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعى، فإنه لايجيز الدهن المطيب وغيره إلا مثلا بمثل. وأورد أنه ينبغى أن يجوز بيع السمسم بدهنه بأى وجه كان لأن الدهن وزنى والسمسم كيلى. أجيب بأنه لما كان المقصود من السمسم ما فى ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس. فإن قيل: فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وثجيره إلى خلاف جنسه. أجيب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الإكرار ولاصورة هنا منفصلة. وقوله (والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار) يعنى إن كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز، وقد علمت تقييده بما إذا كان الثفل له قيمة وأظن أن لاقيمة لثفل الجوز إلا أن يكون بيع بقشره فيوقد، وكذا العنب لاقيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على مايخرج، والله أعلم (واختلفوا فى القطن بغزله) فبعضهم لايجوز متساويا لأن القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة

إن نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والثجير وحده: أى ساواه على تقدير أن يكون الثجير ذا قيمة، وأما إذا لم يكن كما فى الزبد بعد إخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما فى الزبد من السمن فإنه يجوز، وهو المروى عن أبى حنيفة، والأول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. ولقائل أن يقول مثلا: السمسم يشتمل على الشيرج والثجير، فإما أن يكون المجموع منظورا إليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لأن الشيرج وزنى والسمسم كيلى، أو من حيث الإفراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه، كما إذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو الثجير منظورا إليه فقط، والثانى منتف عادة، والأول يوجب أن لايقابل الثجير بشىء من الدهن وليس كذلك.

قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الإبل والبقر والغنم ؛ فأما البقر والجواميس جنس واحد، وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتى . قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعى رحمه الله لايجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود . ولنا أن الأصول مختلفة حتى لايكمل نصاب أحدهما بالآخر فى الزكاة ،

مع الدقيق . وقال بعضهم : يجوز . وفى فتاوى قاضيخان : لايجوز إلا متساويا لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون ، وإن خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا . وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال . وقال المصنف بالإجماع . وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لايجوز متفاضلا ، وعنه أنه لايجوز مطلقا وهكذا عن أبى حنيفة أيضا . ثم ذكر أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما فى الآخر وهذا فى المحلوج مع القطن ظاهر لأن الفاضل بإزاء حبّ القطن وهو مما ينتفع به ، وقد يعلف لبعض الدوابّ . وأما فى الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بإزاء صنعة الغزل ، فنقل الإجماع إنما هو باعتبار الأقوال المعوّل عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الإبل والبقر والغنم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث فى الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقر والجواميس) فـ(جنس واحد) لايجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتى) لايجوز بيع شىء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس ، وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لأنه ليس مال الربا إذ لايوزن لحم الطير ولا يكال ، وينبغى أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والإوز لأنه يوزن فى عادة ديار مصر بعظمه . وقوله ومراده إلى آخره يحترز به عن قول مالك فإن عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس : الطيور جنس ، والدوابّ أهلها ووحشيها جنس واحد ، والبحريات (وكذا ألبان البقر والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين (وعن الشافعى أن اللحوم والألبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذى ، وهذا قول الشافعى غير المختار ، والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ، ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الأجناس

والجواب أن المنظور إليه هو المجموع من حيث الإفراد . ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا . قوله صرفا لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه . قلنا : ذاك إذا كانا منفصلين خلقة كما فى مسئلة الإقرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والثجير ليسا كذلك . واختلفوا فى جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لايجوز لأن القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق ، وقيل يجوز لأن أصلهما واحد فكلاهما موزون ، وإن خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لابأس ببيع واحد باثنين ، كذا فى فتاوى قاضيخان . وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالإجماع ، وهذا يخالف ما روى عن محمد أن بيع القطن بالثوب لايجوز مطلقا (قال : ويجوز بيع اللحمان الخ) كل مايكمل به نصاب الآخر من الحيوان فى الزكاة لايوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلا . وعنه أنه لايجوز ، والعراب والبخاتى والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا ، وكل مالا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الألبان . وعن الشافعى رحمه الله أن المقصود من اللحم شىء واحد وهو التغذى والتقوّى فكان الجنس متحدا . ولنا أنها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا ، واختلاف الأصل يوجب اختلاف

فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة . قال (وكذا خلّ الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما . فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين . وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد .

(فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة) فإنها حينئذ تعد أجناسا . ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا خلّ الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا ، وتخصيص الدقل وهو ردىء التمر باعتبار العادة ، لأن الدقل هو الذى كان فى العادة يتخذ خلا (و) أما (شعر المعز وصوف الغنم) فـ(جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف . فإن مايقصد بالشعر من الآلات غير مايقصد بالصوف فصار مايوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء : اختلاف الأصول ، واختلاف المقاصد ، وزيادة الصنعة . فإن قيل : بالنظر إلى اتحاد الأصل فى الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر إلى المقاصد اختلاف فيجوز متفاضلا فينبغى أن لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة . فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم . وهذا ليس كذلك فإنه لايقاوم الصورة المعنى ، وألزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود . وأجيب بمنع اتحاده فإن لبن البقر يقصد للسمن ولبن الإبل لايتأتى منه ذلك ، وكذا أغراض الآكل تتفاوت ، فإن بعض الناس لايطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا فى الإبل . ومن الاختلاف بالصنعة ماقدمنا من جواز بيع إناءى صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر ، وكذا قمقمة بقمقمتين وإبرة بإبرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين مالم يكن شىء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع

الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد فى التغذى فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم فى المطعومات والتفكه فى الفواكه ، والمعتبر الاتحاد فى المعنى الخاص ، ولا يشكل بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذاك باعتبار أنه لايوزن عادة فليس بوزنى ولا كيلى فلم يتناوله القدر الشرعى ، وفى مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله إذا لم تتبدل بالصنعة) قيل مراده أن اتحاد الأصول يوجب اتحاد الفروع والأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة ، فإذا تبدلت الأجزاء بالصنعة تكون مختلفة ، وإن كان الأصل متحدا كالهروى والمروى ، وفيه نظر لأن كلامه فى اختلاف الأصول لا فى اتحادها ، فكأنه يقول : اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة ، وأما إذا تبدلت فلا توجبه ، وإنما توجب الاتحاد ، فإن الصنعة كما تؤثر فى تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروى مع المروى مع اتحادهما فى الأصل وهو القطن كذلك تؤثر فى اتحادها مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة فإنها متحدة فى الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول . قال (وكذا خلّ الدقل بخلّ العنب الخ) الدقل هو أردأ التمر ، وبيع خله بخلّ العنب متفاضلا جائز يدا بيد ، وكذا حكم سائر التمور . ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مجرى العادة ، وإنما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيراهما : يعنى الدقل والعنب جنسين بالإجماع (وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما

(قوله لأن ذلك باعتبار أنه لايوزن عادة) أقول : وينبغى أن يستثنى منه لحم الدجاجة فإنه يوزن فى أكثر البلاد (قال المصنف : فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة) أقول : ولعل المعنى : وكذا تختلف أجزاء تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لاتحادها معها إذا لم تتبدل بالصنعة ، فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والإناء والقمقمة على ماتبين فليتدبر (قوله قيل مراده) أقول : القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الأصول الخ) أقول : مأخوذ من الخبازية .

قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم)لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا . قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لاخير فيه ،

التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالألية أو باللحم) واللحم بالألية متفاضلا (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا) وأما شحم الجنب ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والألية جنسان ، وكل ذلك لايجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما ، وأما الرءوس والأكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لانسيئة لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لايجوز (قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) إما (عدديا) فى عرف (أو موزونا) فى عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل ، والدقيق إما كيلى فكذلك أو وزنى على ماعليه عرف بلادنا ، ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضا . وروى عن أبى حنيفة أنه لا خير فيه ، وهذه العبارة لنفى الجواز بطريق التأكيد للنكرة فى النفى ، وبهذا القول قال الشافعى

بالآخر متفاضلا ، وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة فى تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل ، فإن المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر ، فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح ، والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة . لايقال : لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا ، لأنا لانسلم ذلك ، فإن لبن البقر قد يضرّ حين لايضر لبن الغنم فلا يتحد القصد إليهما . والأولى أن يقال : قلنا إن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ، ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الأصول ، فالأصل أن يوجب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبدل بالصنعة ، وأن يوجب اتحاد الأصول اتحاد الفروع إلا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ،ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الأصل ، ويسقط ماقيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان ، وينبغى أن لايجوز التفاضل بينهما فى البيع ترجيحا لجانب الحرمة لأن المقصود راجح . قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) جائز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا ، أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه فى الذهن عند تصوره ، ولا شك فى ذلك عند تصوّر هذه الأشياء . وأما اختلاف المعانى فلأنه مايفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لامحالة . وأما اختلاف المنافع فكافلة الطب . قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة ، فإن كان الأول جاز لأنه صار عدديا أو موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه

(قوله لا يقال : لو اختلف الجنس الخ) أقول : يعنى إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغى أن يعد المختلفان فيه متحدين فى الجنس إذا اتحدا المقصود منهما بناء على ذلك التغليب ، فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا ،وإذا كان مراد القائل ماسمعت فلا يندفع ذلك بما ذكر الشارح فى حيز ، والأولى كما لايخفى بل لابد من بيان الفرق (قوله فلأن الصورة مايحصل منه فى الذهن الخ) أقول : فعلى هذا يكون ذكر المعانى مستغنى عنه لعموم الصور لها ، والأظهر أن المراد بالصور الأشكال .

والفتوى على الأول ، وهذا إذا كانا نقدين ؛ فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا . وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله ، وعليه الفتوى ، وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح ، ولا خير فى استقراضه عددا أووزنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر . وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل ، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت فى آحاده .

وأحمد لشبهة المجانسة . إذ فى الخبز أجزاء الدقيق ، أو أن الدقيق بعرض أن يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدرى ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عددا أو وزنا كيفما اصطلحوا عليه (وهذا إذا كانا نقدين) فأما بيعهما نسيئة (فإن كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بأن أسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا (جاز أيضا ، وإن كان الخبز) نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقا فى خبز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حد له فإنه يتفاوت فى الصنعة عجنا وخبزا . وكذا عند محمد لأنه عددى عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزنى) أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر . واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس . لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه إذا قبض متجوزا ما هو دون ماسمى صنعة ، وإذا كان كذلك فالاحتياط فى منعه لأنه قل أن يقع الأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه فى أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل أن لا يصير مستبدلا (ولا خير فى استقراض الخبز عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جديدا أوعتيقا (والتقديم) فى التنور (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك ، وإذا منع أبوحنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز فى الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمنع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أى عددا أو وزنا (للتعامل) بين الجيران بذلك . والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزنا لا عددا للتفاوت فى آحاده) ومحمد يقول : قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا ، والقياس يترك بالتعامل ، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف ، وأنا أرى أن قول محمد أحسن

والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل (وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه : أى لا يجوز . والتركيب للمبالغة فى النهى لأنه نكرة فى سياق النفى فتعم نفى جميع جهات الخبز ، وإن كان الثانى فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز ، فإن كان الأول جاز لأنه أسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره . وإن كان الثانى جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم فى موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر . قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغنى عن قوله وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح : يعنى قول أبي يوسف ، وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس ، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ، ولا خير فى استقراضه عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة ، وبالخباز باعتبار حذقه وعلمه ، وبالتنور فى كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا أو عتيقا فيكون بخلافه ، وبالتقدم والتأخر فإنه فى أول التنور لا يجيء مثل ما فى آخره ، وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما . وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا ، ترك قياس السلم فيه للتعامل . وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت فى آحاده .

قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لأن العبد وما فى يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا ، وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين . فإن كان عليه دين لايجوز لأن ما فى يده ليس ملك المولى عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبى فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه . قال (ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) خلافا لأبى يوسف والشافعى رحمهما الله . لهما الاعتبار بالمستأمن منهم فى دارنا . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب »

(قوله ولاربا بين المولى وعبده) أى المأذون غير المديون (لأنه وما فى يده لمولاه فلا يتحقق الربا) لعدم تحقق البيع وكذا المدبّر وأم الولد (فإن كان عليه دين لايجوز) أى البيع بطريق الربا (أما عند أبى حنيفة) فلعدم ملكه لما فى يد عبده المأذون المديون فهو أجنبى عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) إن لم يزل ملكه عما فى يده لكن (تعلق بما) فى يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالأجنبى) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفى المبسوط ذكرَ أنه لايتحقق الربا بينهما مطلقا ، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له مالم يفرغ من دينه كما لوأخذه لابجهة البيع سواء كان اشترى منه درهمابدرهمين أو لا . بخلاف المكاتب لأنه صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه فيجرى الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب خلافا لأبى يوسف والشافعى) ومالك وأحمد ، وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلى والمسلم الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا ؛ فلو باع مسلم دخل إليهم مستأمنا درهما بدرهمين حل ، وكذا إذا باع منهم ميتة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحل ، كل ذلك عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف ومن ذكرنا (لهم) إطلاق النصوص فإنها لم تقيد المنع بمكان دون مكان ، والقياس على المستأمن منهم فى دارنا ، فإن الربا يجرى بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا إليهم بأمان . ولأبى حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال « لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ») وهذا الحديث غريب ، ونقل ما روى مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال

قال (ولاربا بين المولى وعبده)لاربا بين المولى وعبده المأذون الذى لادين عليه محيط برقبته ، لأن العبد وما فى يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولايتحقق الربا ، فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته فى دار الإسلام مشتملا على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع (فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لأن مافى يده ليس ملكا لمولاه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما)وإن كان ملكه ، لكن لما(تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبى فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه . قال (ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

(قال المصنف : ولا ربا بين المولى وعبده الخ) أقول : قال العلامة الكاكى : وفى المبسوط : فلو كان على العبدين فليس بينهما ربا أيضا ، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه ، كما لوأخذه لابجهة العقد سواء اشترى منه درهما بدرهمين أو لا ، لأن ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر ، فعليه رد ماقبض لحق الغرماء ، وكذا أم الولد والمدبر لأن كسبه مال ، بخلاف المكاتب لأن المكاتب صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه فيجرى الربا بينه وبين مولاه كما يجرى بينه وبين غيره انتهى . وفيه إشارة إلى أنه لاربا بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين ، وما ذكره فى الكتاب يدل على جريان الربا بينهما إذا كان عليه دين ، ولعل ما فى المبسوط على مذهب الإمامين فإن المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجىء فى المأذون فراجعه (قوله لأن العبد وما فى يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول : أى مع عدم تعلق أحد به ، وإنما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع إشكال بأن بجرد الملكية لايبقى البيع ؛ ألا يرى إلى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مديونا فليتأمل (قوله فعدم تحقق الربا) أقول : تأمل فى صحة هذا التفريع فإنه يلزم منه المصادرة (قوله بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول : أى صورة وظاهرا (قوله صار كالأجنبى فيتحقق الربا) أقول : أى شبهه إذ الشبهة كافية فى المحرمات (قال المصنف : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ») أقول : قال ابن العز : قال فى المغنى : هذا خبر مجهول لم يرد فى صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به ، وهو مع

ولأن ماهم مباح فى دارهم فبأىّ طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر . بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان .

ذلك . قال الشافعى : قال أبو يوسف : إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا بين أهل الحرب » أظنه قال « وأهل الإسلام » قال الشافعى : وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه . أسنده عنه البيهقى . قال فى المبسوط : هذا مرسل ، ومكحول ثقة ، والمرسل من مثله مقبول . ولأن أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى - الم غلبت الروم - الآية قالت له قريش : ترون أن الروم تغلب ؟ قال نعم . فقال : هل لك أن تخاطرنا . فخاطرهم فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اذهب إليهم فزد فى الخطر ففعل ، وغلبت الروم فارسا فأخذ أبو بكر خطره . فأجازه النبى صلى الله عليه وسلم . وهو القمار بعينه بين أبى بكر ومشركى مكة وكانت مكة دار شرك (ولأن مالهم مباح) وإطلاق النصوص فى مال محظور . وإنما يحرم على المسلم إذا كان بطريق الغدر (فإذا لم يأخذ غدرا فبأىّ طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لأن ماله صار محظورا بالأمان) فإذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا . وبخلاف الزنا إن قيس عليه الربا لأن البضع لا يستباح بالإباحة بل بالطريق الخاص . أما المال فيباح بطيب النفس به وإباحته . وهذا لا يفيد لمعارضة إطلاق النصوص إلا بعد ثبوت حجية حديث مكحول . وقد يقال : لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز ، وإثبات قيد زائد على المطلق من نحو - لا تأكلوا الربا - ونحوه هو الزيادة فلا يجوز . ويدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بمحلها المال المحظور بحق لمالكه . ومال الحربى ليس محظورا إلا لتوقى الغدر . وهذا التقرير فى التحقيق يقتضى أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازه النظر المذكور . أعنى كون ماله مباحا إلا لعارض لزوم الغدر . إلا أنه لا يخفى أنه إنما يقتضى حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم ، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر ، وجواب المسئلة بالحل عام فى الوجهين ، وكذا القمار قد يفضى إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له ، فالظاهر أن الإباحة تفيد نيل المسلم الزيادة ، وقد التزم الأصحاب فى الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

خلافا لأبى يوسف والشافعى رحمهما الله . لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب فى دارنا ، فإنه إذا دخل الحربى دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فإنه لا يجوز ، فكذا إذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالى عن العوض المستحق بعقد البيع . ولأبى حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب » ذكره محمد بن الحسن ، ولأن مال أهل الحرب فى دارهم مباح بالإباحة الأصلية ، والمسلم المستأمن إنما منع من أخذه لعقد الأمان حتى لا يلزم الغدر ، فإذا بذل الحربى ماله برضاه زال المعنى الذى حظر لأجله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس ، وتقريره أن المستأمن منهم فى دارنا لا يحل لأحد أخذ ماله لأنه صار محظورا بعقد الأمان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة .

ذلك مرسل محتمل . ويحتمل أن المراد بقوله لا ربا النهى عن الربا كقوله تعالى - فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج - انتهى . وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيدا للمطلقات مثل لا تأكل الربا ، إذ لا يزاد بخبر الواحد على الكتاب . قيل المراد من النصوص الربا فى مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور إلا لعارض من الغدر فليتأمل .

(باب الحقوق)

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه : ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ، ومن اشترى دارا بحدودها فاه العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار ، فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عايه الحدود ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه . والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثاه ، والشيء لايكون تبعا لمثاه فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عايه ، والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لايكون فيه منزل الدواب ، فاشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ، ولشبهه بالبيت لايدخل فيه بدونه .

(باب الحقوق)

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل) حاصل ماهنا أن الأسماء ثلاثة : البيت ، والمنزل ، والدار . فالبيت أصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه ، فمنهم من يقتصر على هذا ، ومنهم من يزيد له دهليزا . والجواب فيه أن علوه لايدخل فى بيعه : يعنى إذا باع البيت لايدخل العلو .

(باب الحقوق)

قيل : كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر فى الفصل المتصل بأول كتاب البيع ، إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هومن مسائله وهناك هكذا وقع ، وكذا هاهنا ، ولأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكرمسائل المتبوع . قال (ومن اشترى منزلا فوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء : المنزل والبيت والدار ، فسره ليبين مايترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح مايدل على المرافق لدخولها وعدمه . قال : الدار اسم لما أدير عليه الحدود ، والبيت اسم لما يبات فيه ، والمنزل بين البيت والدار لأنه لايتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدوابّ . وإذا عرف هذا فن اشترى منزلا فوقه منزل لايدخل الأعلى فى العقد إلا أن يشتريه ، ويصرح بذكر إحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول : بكل حق هو له أو بمرافقه ، أو بكل قليل وكثير هو فيه أومنه (ومن اشترى بيتا فوقه بيت) وذكرإحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الأعلى . ومن اشترى دارا بحدودها) ولم يذكر شيئا من ذلك (دخل فيه العلو والكنيف) وهذا لأن الدار لما كان اسما لما أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه دخل فيه ، والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله فلايدخل فيه إلابالتنصيص بذكره ، وإلا لكان الشيء تابعا لمثله ، وهو لايجوز . ولا يشكل بالمستعير ، فإن له أن يعير فيما لايختلف باختلاف المستعمل والمكاتب ، فإن له أن يكاتب لأن المراد بالتبعية هاهنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ماهو مثله فى الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الإفراد ،

(باب الحقوق)

(قوله فسره) أقول : أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول : الباء للمصاحبة (قوله لأن المراد بالتبعية هاهنا) أقول: تعليل لقوله ولا يشكل الخ . والحق أن يعمم لدخول المثل إذا ذكر مايدل على توابع الشيء بحسب التوابع(قوله لأنه ليس بلفظ عام الخ) أقول : تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور .

وقيل فى عرفنا يدخل العلو فى جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولايخلوعن علو . وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ، ولا تدخل الظلة إلا بذكر ماذكرنا عند أبى حنيفة رحمه الله

وإن قال بكل حق هو له أو كل قليل وكثير مالم يذكر اسم العلو صريحا لأن العلو مثله فإنه مسقف يبات فيه والشىء لايستتبع مثله بل ماهو أدنى منه . وأورد : المستعير له أن يعير مالايختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده. وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع ، بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ماملك كذلك : والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابته عبده من أكسابه . والمنزل فوق البيت دون الدار ، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا . وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور ، إذ ليس له صحن غير مسقف ولا إصطبل الدوابّ فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فاشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص ، وهو أن يشترّيه بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه ، أو بكل حق له أو بمرافقه ، ولشبهه بالبيت لايدخل بلا ذكر زيادة . والدار اسم لساحة أديرعليها الحدود وتشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترّواح ومنافع الأبنية للإسكان . ولا فرق بين كون الأبنية بالتّراب والماء أو بالخيام والقباب ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار ، وكذا يدخل الكنيف الشارع . والكنيف هو المسترّاح ، أما الظلة وهو الساباط الذى يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على إسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار المبيعة ؛ فعند أبى حنيفة لايدخل فى بيع الدار مالم يقل ماذكرنا من قوله بكل

إذ فرض المسئلة فى معلوم ، ولا من لوازمه ، وليس فى الإعارة والكتابة ذلك فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلا لا تبعا ولا أصالة ، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع . ومن ملك شيئا جاز أن يملكه لغيره ، وإنما لايملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا من وقوع التغير به ، والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصرف مايوصله إلى مقصوده وفى كتابة عبده تسبب إلى مايوصله إلى ذلك فكانت جائزة . وأما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما أخذ حظا من الجانبين فاشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ، ولشبهه بالبيت لايدخل بدونه (وقيل فى عرفنا يدخل العلو فى جميع ذلك) أى الدار والبيت والمنزل ، لأن كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو ، وفيه نظر لأن الخلوّ وعدمه لم يكن له مدخل فى الدليل ، ويقال معناه أن البيت فى عرفنا لايخلو عن علو وانه يدخل فى عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف ، وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف وهو المسترّاح لأنه من توابعه ، ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذى يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات فى السكة ومفتحه فى الدار ، كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان وفى المغرب . وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التى فوق الباب إلا بذكر ماذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبى حنيفة لأنه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه : وعندهما إن كان مفتحه فى الدار يدخل من غير ذكر شىء مما ذكرنا : يعنى من العبارات المذكورة لأنه من توابعه فشابه الكنيف . وقوله إن كان

(قوله ولا من لوازمه) أقول : أى من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعا) أقول : فيه بحث ، فإنه يدخل فى اللفظ الدال على التوابع أصلا لا فى المنزل تبعا (قوله إلا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول : استثناء ناظر إلى قوله ولا تدخل الظلة ، وقوله وهو راجع إلى ما فى قوله ماذكرنا .

لأنه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحه فى الدار يدخل من غير ذكر شىء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف . قال : ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير ، وكذا الشرب والمسيل) لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع ، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع فلا يتحقق إلا به ،إذ المستأجر لايشترى الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه ، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشترى عادة يشتريه . وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة ، والله تعالى أعلم .

حق هو لها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير وهو فيها أو منها (لأنه) أى الظلة بتأويل الساباط (مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحه فى الدار يدخل) بلا ذكر زيادة ، ولأن مفتحها إذا كان فى الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا فى عرفهم : أى عرف أهل الكوفة (أما فى عرفنا يدخل العلو) من ذكر فى الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك . لأن كل مسكن يسمى خانه فى بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره إلا دار السلطان تسمى سراى (قوله ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا) فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) فى هذه الدار إلى ذلك المشترى (إلا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير ، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكرها) وفى المحيط : المراد الطريق الخاص فى ملك إنسان ، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل . وكذا ما كان له من حق تسييل الماء وإلقاء الثلج فى ملك إنسان خاصة . وقال فخر الإسلام : إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لايدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق ، إلا أن تعليله بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضى أن الطريق الذى فى هذه الدار يدخل وهو غير ما فى الكتاب . فالحق أن كلا منهما لايدخل ، لأنه وإن كان فى هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئا معينا منها فلا يدخل ملك البائع وملك الأجنبى إلا بذكره . ثم قال : فإن قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب . وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة ، فإن كانت للبائع يؤمر برفعها ، وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب ، وكذا لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سيل ماء ، فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة . وقوله (بخلاف الإجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق : يعنى فى الإجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لأن المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الأشياء ، والبيع ليس كذلك فإن المقصود منه فى الأصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا ، بل إما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم ، ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وإن لم ينتفع به فى الحال ، وكذا الأرض السبخة ، ولا تصح إجارة ذلك . وفى الكافى : ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق

مفتحه فى الدار يضعف قول قاضيخان فى تعريف الظلة لأنه جعل المفتح فى الدار . قال (ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) إلا أن يذكر إحدى العبارات الثلاث (وكذا الشرب والمسيل) لأنه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا إلى الأول ، ودخل بذكر التوابع : أى بقوله كل حق نظرا إلى الثانى (بخلاف الإجارة) فإن الطريق تدخل استئجار الدور والمسيل والشرب فى استئجار الأراضى وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن الإجارة تنعقد لتمليك المنافع . ولهذا لاتصح فيما لاينتفع به فى الحال كالأرض السبخة والمهر الصغير ، والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالأرض بدون الشرب والمسيل لايتحقق إذ المستأجر لايشترى الطريق

(باب الاستحقاق)

فسدت الإجارة . بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح . ولو استحق العلو ثم أجيز البيع صح لأن القضاء بالاستحقاق لايوجب انفساخ البيوع الماضية فى ظاهر الرواية . ولا شىء لصاحب ساحة العلو من الثمن لأنه بمقابلة المبيع ، والمبيع البناء لا الساحة لأن حقه فى الهواء . فإن قيل : ماذكرتم يشكل بالقسمة فى دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لايستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه فى ذلك فالقسمة فاسدة ، فعلى قياس ماذكرتم فى الإجارة ينبغى أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق تحريا لجواز القسمة كما أدخلتموها تحريا لجواز الإجارة . أجيب بأن الفرق بينهما لأن موضع الشرب ليس مما تناولته الإجارة ، وإنما يتوسل به إلى الانتفاع ، والآجر إنما يستوجب الأجرة إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ؛ ففى إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالأجرة وهذا بالانتفاع ، أما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل فى القسمة لأنهما كانا داخلين فى الملك المشترك ، فوجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه ، فلو أثبتنا لأحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ، ولا يجوز الإضرار دون رضاه ، وإنما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق . واعلم أنه إذا ذكر الحقوق فى البيع وهو بحيث يمكنه إحداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل . وفى القسمة إذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطارق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق . والفرق أن البيع إيجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وإن لم يلزم فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقا . والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لايشركه فيه أحد ، إذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة إلى القسمة ، وإنما يتم هذا إذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان إلا برضا صريح ولا يكفى فيه ذكر الحقوق والمرافق .

(باب الاستحقاق)

عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه . وأما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ، ولهذا يجوز بيع مالا ينتفع به فى الحال كالأرض السبخة والمهر . والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشترى يشترى الطريق والشرب والمسيل عادة . ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور ، وقد يستأجرها أيضا ، وقد تكون مقصودة التجارة فبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة .

(باب الاستحقاق)

(قوله وأما البيع فلتمليك العين الخ) أقول : مقتضى كلام المصنف أن كليهما يعقد الانتفاع ، لكن الانتفاع فى الإجارة لايمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لايطابق ظاهر المشروح . وأيضا إن أراد بقوله لاالمنفعة أنه ليس تمليكها فقط فممنوع ولا يفيد ، وإن أراد أنه ليس تمليكها أصلا فسلم بل هو لتمليك العين والمنفعة أيضا ، والانتفاع بالمهر والأرض السبخة ممكن على ما ذكروه . ويدفع بأن يراد المنفعة فى الحال فليتأمل فإن البيع من غيره ليس منفعة فى الحال (قوله لا المنفعة) أقول : يعنى فى الحال (قوله ووحد الضمير الخ) أقول : أى وحد الضمير فى قوله يشتريه أو فى قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث ، فإن توحيد الضمير لكونه الطريق يشهد بذلك قوله لايشترى الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى .

(باب الاستحقاق)

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها . وإن أقرّ بها لرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له ، أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الإخبار ، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له . ثم قيل : يدخل الولد فى القضاء بالأم تبعا ، وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل ، فإن القاضى إذا لم يعلم بالزوائد . قال محمد رحمه الله : لاتدخل الزوائد فى الحكم ، فكذا الولد إذا كان

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا . ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فإن كان (ببينة) استحق ولدها معها وأرشها إن كان (وإن) كان (ب)مجرد (إقرار) المشترى (له بها) لايستحق الولد بذلك (ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة) أى ثابتة فى حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فإنها كاسمها مبينة) لما كان ثابتا فى نفس الأمر قبل الشهادة به لأن الشهود لايتمكنون من إثبات ملك فى الحال لم يكن ثابتا فى الأصل ولا القاضى ، وإنما تظهر البينة ماكان ثابتا قبله قبلية لاتقف عند حد معين ، ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فإنه يثبت أنه قضاء على الكل ، ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشترى الأخير ، كما لوادعت فى يد الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها فى الزمان الذى ينسحب عليه إظهار البينة الملك فيكون له (أما الإقرار فحجة قاصرة) على المقرّ حتى لا يتعدى إلى غيره لأنه لا ولاية له على غيره ، ولهذا لايرجع المشترى على البائع بالثمن فى الاستحقاق بالإقرار ، وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته فى الحال ، والولد فى الحال منفصل عنها ، والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه ، وهذا التوجيه يقتضى أنه لو ادعاه المقر له لايكون له . وذكر التمرتاشى أنه إنما لم يكن للمقرّ له إذا لم يدعه ، فلو ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له ، وإذا قلنا إن الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضى بالأم هل يدخل فى القضاء فيصير هو أيضا مقضيا به ؟ قيل نعم تبعا كما أن ثبوت استحقاقه تبعا (وقيل) لا ، بل (يشترط القضاء بالولد أيضا) لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الأصح من المذهب . قال المصنف (وإليه تشير المسائل)

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التى بينهما لفظا ومعنى . قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده) لا باستيلاده (فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها) وإن أقرّ المشترى بها لرجل لم يتبعها ولدها . ووجه الفرق ماذكره أن البينة حجة مطلقة فى حق الناس كافة ، ولهذا إذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشترى بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهى مملوكة فيكون له . وأما الإقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الإخبار لأن

(قال المصنف : وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول : فى النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء بلستحقاق المبيع على المشترى لايوجب انفساخ العقد الذى جرى بينه وبين البائع ، ولكن يوجب وقفه على إجازة المستحق انتهى . وفى غاية البيان خلاف ذلك . وفى الفتاوى للتمرتاشى ظاهر الرواية أنه لا ينفسخ ، وقال ابن الهمام : وفى الذخيرة : مايجب اعتباره فى فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق ، ولا يوجب نقضه فى ظاهر الرواية انتهى . واعلم أن المنقول فى أن البيع متى ينفسخ أقوال : قيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء ، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ماقضى أو بعد ماقبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهى مملوكة فيكون له) أقول: الواو فى قوله وهى حالية .

فى يد غيره لايدخل تحت الحكم بالأم تبعا .

التى ذكرها محمد رحمه الله ، فإن محمدا قال : إذا قضى القاضى بالأصل ولم يعلم بالزوائد لاتدخل الزوائد تحت الحكم وكذا إذا كانت الزوائد فى يد غائب لم تدخل ، فحيث لم يدخل القضاء على الغائب فى ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترى القضاء بالولد بخصوصه . ثم ذكر فى النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشترى لايوجب انفساخ العقد الذى بينه وبين البائع . ولكن يوجب توقفه على إجازة المستحق وتبعه الجماعة ، فاعترضه شارح بأن غاية ما فى الباب أن يكون بيع فضولى : يعنى بائع المشترى الذى قضى عليه بالاستحقاق . وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد ، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا : يعنى الموقوف المفسوخ لاتلحقه الإجازة . واستوضح بما فى الفتاوى الصغرى : اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل إلى المشترى يوما لايؤمر بالتسليم إلى البائع لأنه وإن جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الإقرار . ثم قال : لاجرم لو اشترى عبدا قد أقر نصا أنه ملك البائع ثم استحق من يد المشترى ورجع بالثمن على البائع ثم وصل إليه يوما يؤمر بالتسليم إلى البائع لأن إقراره بالملك له لم يبطل . ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى . وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور . وقوله إثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا إن أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لايجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا ، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولابدله فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع ويصل الثمن إليه ، فظهر أن إثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضا بالبيع ، بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه . وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل إليه ، ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشترى ثم وصل إليه ، ولا شك أنه إذا اتصل بإثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشترى بالثمن ممن هو فى يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع وإلا لم يأخذ وأجازه فأين هذا من مجرد إثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه ، والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا إله غيره ولا مرجو إلا خيره . وفى الذخيرة : مما يجب اعتباره فى فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على إجازة المستحق ولايوجب نقضه فى ظاهر الرواية انتهى . واعلم أن المنقول فى أن البيع متى ينفسخ أقوال : قيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء ، والصحيح أنه لاينفسخ ملم يرجع

الإقرار إخبار والإخبار لابد له من مخبر به ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهى تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الأصل ، ولهذا لايرجع المشترى على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلايكون الولد له : يعنى إذا لم يدّع المقر له الولد ، أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له ، كذا فى النهاية نقلا عن التمرتاشى . ثم إذا قضى بالأم للمستحق بالبينة هل يدخل الولد فى القضاء بالأم تبعا أم لا ؟ قيل يدخل لتبعيته لها ، وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لأنه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستبدا فلا بد من الحكم به ، قيل وهو الأصح لأن المسائل تشير إلى ذلك . قال محمد رحمه الله : إذا قضى القاضى بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم ، وكذا الولد إذا كان فى يد رجل غائب فالقضاء بالأم لايكون قضاء بالولد .

(قوله والإخبار لابد له) أقول : أى لصدقه (قوله من مخبر به) أقول : يعنى محقق (قوله أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول : لكن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق .

قال (ومن اشترى عبدا فإذا هو حرّ وقد قال العبد للمشترى اشترنى فإنى عبد له : فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شىء . وإن كان البائع لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتهن عبدا مقرّا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال .

المشترى على بائعه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ماقضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح . وقال شمس الأئمة الحلوانى : الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لايكون فسخا للبياعات مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء . وفى الزيادات : روى عن أبى حنيفة أنه لاينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القضاء . وفى ظاهر الرواية لاينفسخ مالم يفسخ وهو الأصح انتهى . ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لأنه ذكر فيها أيضا : إذا استحق المشترى فأراد المشترى نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو على تلقى الملك من المستحق ثابت إلا إذا قضى القاضى فيلزم العجز فينفسخ انتهى . يعنى يلزم العجز عن إثبات ذلك ، أو المراد أن يفسخ المستحق فإنه هو المالك ، نعم لا شك فى أنه او فرض اتفاق عدم رجوع المشترى بعد أن قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه ينفسخ فإن سكوته بعد الأخذ عن الإجازة قدر مايتمكن فيه من الإجازة ، ولم يجز دليل ظاهر فى عدم رضاه بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى إنسانا (قال له اشترنى فإنى عبد فإذا هو حر) أى فظهر أنه حرّ ببينة أقامها (فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أى يدرى مكانه (لايرجع على العبد بشىء من الثمن الذى قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض ؛ وإذا كان البائع لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد) بما دفع إلى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشترى به عليه إن قدر ، وإنما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر فى أدائه ، بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فإنه لايرجع به ، والتقييد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترنى ولم يقل فإنى عبد لايرجع عليه بشىء (ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتهنى فإنى عبد الراهن (لم يرجع عليه) أى على العبد (على كل حال)

قال (ومن اشترى عبدا فإذا هو حرّ الخ) رجل قال لآخر اشترنى فإنى عبد فاشتراه فإذا هو حرّ فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة (وإما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لايدرى أين هو) فإن كان الأول فليس له على العبد شىء ، وإن كان الثانى رجع المشترى على العبد والعبد على البائع . وإن لم يقل إنى عبد ليس على العبد شىء فى قولهم ، وإن قال ارتهنى فإنى عبد فوجده حرّا لم يرجع المرتهن على العبد بحال : أى سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية غيبة كانت . وعن أبى يوسف أنه لا يرجع على العبد فى البيع والرهن لأن الرجوع فى هذا العقد إما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شىء منهما بموجود ، وإنما الموجود هو الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبى ذلك أو قال ارتهنى فإنى عبد وهى المسئلة الثانية . ولهما أن المشترى اعتمد فى شرائه على أمره بقوله اشترنى وإقراره بالعبودية بقوله فإنى عبد إذ القول قوله فى الحرية ، فحين أقرّ بالعبودية غلب ظن المشترى بذلك والمعتمد على الشىء بأمر الغير ، وإقراره مغرور من جهته والغرور فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الإمكان ، كما فى المولى إذا قال لأهل السوق هذا عبدى وقد أذنت له فى التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر أنه حرّ فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور ، وهذا غرور وقع فى عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي المسئلة الثانية . ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على ما أمره وإقراره أني عبد ، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ، ولاتعذر إلا فيما لايعرف مكانه ، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه ، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة ،

أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أو لايعرف ، وهذا ظاهر الرواية (عنهم . وعن أبي يوسف أنه لايرجع فيهما) أي في البيع والرهن (لأن الرجوع بالمعاوضة) وهي المبايعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحد منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس إلا) مجرد (الإخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتهني فإني عبد وهي المسئلة المذكورة ثانيا . ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره وإقراره) فكان مغرورا من جهته . والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الإمكان فكان بتغريره (ضامنا) لدرك (الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ، ولاتعذر إلا فيما لايعرف مكانه كالمولى إذا قال) لأهل السوق (بايعوا عبدي فإني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فإنهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ماذاب عليه دفعا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء للدين ، فلو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام . وإذا لم يكن عقد معاوضة لايجعل الأمر به ضمانا لأنه ليس تغريرا في عقد معاوضة . ولهذا قالوا : لو قال رجل لآخر وقد سأله عن

للضرر ولاتعذر إلا فيما لايعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) إنما صرح به مع كونه معلوما من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا : إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئا لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة ، وكذلك لو قال : كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل فمات فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة . وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه . وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء ، ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام ، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضمانا للسلامة ، وبخلاف الأجنبي فإنه لامعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور . ثم في وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى ، والعبد بعد ما قال اشترني فإني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا ، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية . والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية بعتاق عارض ، فإن أراد الأول فله وجهان : أحدهما

(قال المصنف : وعن أبي يوسف أنه لايرجع فيهما) أقول : قوله فيهما : أي البيع والرهن ، ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتهني من جعل الشيء مقيما عليه لنفسه فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال : تقرير الكلام أما في الرهن فبالإجماع ، وأما في البيع فلأن الرجوع الخ . وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف : بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول : فيه بحث ، فإن شئت فراجع آخر كتاب الحجر .

وبخلاف الأجنبي لأنه لايعبأ بقوله فلايتحقق الغرور . ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فإنى قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته. ثم فى وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط فى حرية العبد عنده ، والتناقض يفسد الدعوى . وقيل إذا كان الوضع فى حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم . وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع فى الإعتاق فالتناقض لايمنع لاستبداد المولى به

أمن هذا الطريق فقال اسلكه فإنه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن ، وكذا لوقال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لاقصاص عليه ، غير أنه استحق عند الله عذابا لايطاق (وبخلاف الأجنبي لأنه لايعبأ بقوله) فالرجل هو الذى اغتر . قال المصنف (ثم فى وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبى حنيفة لأن الدعوى) أى دعوى الحرية (شرط) فى القضاء ببينتها والدعوى لاتصح من هذا العبد للتناقض ، فإن دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه . فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى إن كانت بحرية الأصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما فى دعوى الحرية مطلقا (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا فى حق الله تعالى كما فى عتق الأمة حتى أن الشهود يحتاجون فى شهادتهم إلى تعيين الأم والحرمات لاتحتاج فى القضاء بها إلى الدعوى ، وإذا لم تحتج إلى الدعوى لايضرّ التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط) مطلقا فى حرية الأصل ودعوى الإعتاق فى الكافى والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبى حنيفة فى حرية الأصل والعتق العارض (لكن التناقض) فى دعوى الحرية لايمنع صحة الدعوى بها، أما فى حرية الأصل (فلخفاء) حال (العلوق) فإنه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعى الحرية ، وفى الإعتاق العارض فلأن المولى ينفرد به ، ولا يعلم العبد فيقر بالرق

ما قاله عامة المشايخ أن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الأم ، لأن الشهود فى شهادتهم محتاجون إلى تعيين الأم وفى ذلك تحريمها وتحريم أخواتها وبناتها ، فإنه إذا كان حرّ الأصل كان فرج الأم على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى ، والدعوى ليست بشرط كما فى عتق الأمة ، وإذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا . والثانى ما قاله بعض المشايخ : إن الدعوى وإن كانت شرطا فى حرية الأصل أيضا عنده لكن يعذر فى التناقض لخفاء حال العلوق ، وكل ماكان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفوّ كما نذكر ، وإن أراد الثانى فله الوجه الثانى وهو أن يقال التناقض لايمنع صحة الدعوى فى العتق لبنائه على الخفاء إذ المولى يستند به ، فربما لايعلم العبد إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك ، كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فإنها تقبل منها لأن الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت . وإنما قيد بالثلاث لأنه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذى أثبته المرأة ببينتها قبل يوم أويومين ، وأما فى الثلاث فلايمكن ذلك، وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة . ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البينة على

(قوله لتضمنه تحريم ، إلى قوله : إلى تعيين الأم) أقول : أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضا كما فى تحريم فرج الأخوات والبنات ، ولعل التعرض للاحتياج إلى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول : أى فى حرمة الفرج (قوله لم يكن التناقض مانعا) أقول : إذا ادعى الحرية ولا ينتفى شرط الحرية إذا لم تدع (قال المصنف : وقيل هو شرط) أقول : تذكير الضمير الراجع إلى الدعوى لكونها فى تأويل أن يدعى ، وهذا مطرد فى المصادر المؤنثة أو فى تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول : من وقت الخلع (قوله وأما فى الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول : إذ فرض المسئلة فيما إذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذى أقامت البينة عليه .

فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة . قال (ومن ادعى حقا فى دار)معناه حقا مجهولا (فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعا منها لم يرجع بشىء) لأن للمدعى أن يقول دعواى فى هذا الباقى . قال(وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شىء رجع بحسابه) لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ، ودلت المسئلة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لاتفضى إلى المنازعة . والله تعالى أعلم بالصواب .

ثم يعلمه فيدّعيه ، والتناقض فى دعوى مافيه خفاء يعذر فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق) الزوج إياها (ثلاثا قبل اختلاعها) تقبل(وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة)تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة إقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة . وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهى أصل فى الاستحقاق . وهى : رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لى وأثبته بالبينة فالمشترى لايرجع بالثمن على البائع ، لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع ، لأنه لو كان ملكه فى الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب إلى الضامن ، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه ، وإن ورد على ملك المشترى بعد ما صار إلى حال لو كان غصبا ملكه به لايرجع على البائع لأنه متيقن الكذب ، ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهر يقضى بها لهولا يرجع على بائعه ، وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ، ولو كان أقام البينة أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشترى بالثمن . وعلى هذا الجواب إذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ؛ ولوقال كانت قبل الطحن لى يرجع ، وكذا إذا اشترى لحما فشواه . ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة رجل آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشترى على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا فى دار) أى مجهولا فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحقت (الدار إلا ذراعا لم يرجع) على الذى صالحه (بشىء) لتمكنه من أن يقول مرادى من الحق الذى ادعيته أو الحق الذى أدعيه هذا الباقى (ولو) كان (ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شىء رجع بحسابه ، لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ، ودلت المسئلة على) أمرين : أحدهما (أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لأن الإبراء عن المجهول جائز عندنا (لأن الجهالة فيما يسقط لاتفضى إلى المنازعة) . والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطا فى صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ، ولذا لو أقام به بينة لاتقبل ، أما إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة .

ما ادعياه . قال (ومن ادعى حقا فى دار) من ادعى حقا مجهولا فى دار بيد رجل فصالحه الذى فى يده على مئة درهم فاستحق الدار إلا ذراعا منها لم يرجع بشىء لأن للمدعى أن يقول دعواى فى هذا الباقى ، وإن ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شىء رجع بحسابه ، إذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتنقسم المائة لأن البدل يقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسئلة على أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لاتفضى إلى المنازعة) قالوا : ودلت أيضا على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأن دعوى الحق فى الدار لاتصح للجهالة ، ولهذا لاتقبل البينة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك

(قال المصنف : ودلت المسئلة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول : وسيجىء أيضا فى مسائل شتى من كتاب أدب القاضى .

. . . .

[فروع] اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له فى شىء من ذلك الرجوع على البائع ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر فى النكول إذ لم يعلم عيبه ولا سلامته . ولو أقام المشترى بينة على أنه ملك فلان لايقبل لتناقضه ، فإن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع ، فإذا ادعاه لغيره تناقض ؛ بخلاف مالو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه ، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل وهى تدعى ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض فى دعوى الحرية وفروعها لايمنع صحة الدعوى . باع عقارا ثم برهن أن ما باعه وقف لايقبل لأن مجرد الوقف لايزيل الملك ، بخلاف الإعتاق ؛ ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل . ولو برهنت أمة فى يد المشترى الأخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل إلا من كان قبل فلان . اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لاتسمع دعواه حتى يحضر المشترى والبائع لأن الملك للمشترى واليد للبائع والمدعى يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما . ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشترى على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشترى قبل ولزم البيع لأنه يقرر القضاء الأول ولا ينقضه . ولو فسخ القاضى البيع بطلب المشترى ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ؛ ولو قضى للمستحق بعد إثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبى حنيفة ، وليس له أن يلزمها المشترى لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ، ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذى قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم ؛ ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن فى يده يقبل ، ولو استهلكه أو رده لايقبل ، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لابالإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه . هكذا ذكر رشيد الدين فى باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه . وذكر فى باب ما يكون إقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعى : لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضى يقضى بالإقرار لا بالبينة ، لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر . وذكر فى آخر كتاب الدعوى : ادعى عينا فى يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضى القاضى للمدعى ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعى يقضى بالبينة أو بالإقرار ، اختلف فيه المشايخ . بعضهم قالوا بالإقرار ، وبعضهم قالوا بالبينة لأن المدعى حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعى القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقراره . قال : والأول أظهر وأقرب إلى الصواب ، وهو يناقض ماذكره فى باب دعوى الدين إلا أن تخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضى إلى القضاء بإحدى الحجتين بعينها فيتحصل أنه إذا ثبت الحق بالبينة والإقرار ينبغى على ما جعله الأظهر أن يقضى بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة ، غير أن القاضى يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغى أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ، ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشترى الثمن من البائع فرده إليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشترى أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن

فحينئذ تصح وتقبل البينة .

(فصل فى بيع الفضولى)

قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ، إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ) وقال الشافعى رحمه الله : لاينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية .

القاضى قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ . ولو أحبّ البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشترى من ضمان الاستحقاق قائلا لاأرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لايصح تعليقه بالشرط . قالوا : والحيلة فيه أن يقر المشترى أن بائعى قبل أن يبيعه منى اشتراه منى ، فإذا أقرّ على هذا الوجه لايرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه بإقراره أنه باعه منه ، والله أعلم .

(فصل فى بيع الفضولى)

مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة ، لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولى على أحسن الوجوه ، لأنه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكى بغير أمرى اغصبه أو فضوله . وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله ، والفضول جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لايعنيه وما لاولاية فيه ؛ فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولى يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار ، إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعى : لاينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الآبق والطير فى الهواء فى عدم القدرة على التسليم ، وطلاق الصبى العاقل فى عدم الولاية ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام « لاتبع ماليس عندك » قلنا : المراد البيع الذى تجرى فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ ، أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم

(فصل فى بيع الفضولى)

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لأن بيع الفضولى صورة من صور الاستحقاق ، لأن المستحق إنما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكى ومن باعك فإنما باعك بغير إذنى فهو عين بيع الفضولى . والفضولى بضم الفاء لاغير ، والفضل الزيادة ، وقد غلب جمعه على مالاخير فيه ، وقيل لمن يشتغل بما لايعنيه فضولى ، وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل ، وفتح الفاء خطأ . قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ ، وهومذهب مالك وأحمد فى رواية . وقال الشافعى فى الجديد وهو رواية عن أحمد : لم ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ، وما لم يصدر عن ولاية شرعية لاينعقد لأن الانعقاد لايكون إلا بالولاية الشرعية . ولنا أنه

(فصل فى بيع الفضولى)

(قوله لأن بيع الفضولى صورة الخ) أقول : لأن الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لأن المستحق إنما يستحق الخ) أقول : كلمة إنما لاتلائم قوله صورة من صور الاستحقاق (قوله لأنها بالملك أو بإذن المالك) أقول : ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية فى ذينك .

ذلك العقد ، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصورا على الحال ، وحكم ذلك السبب ليس هذا ، بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة . وسبب ذلك النهى يفيد هذا وهو قول حكيم « يارسول الله إن الرجل يأتيني فيطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسامها ، فقال صلى الله عليه وسلم : لاتبع ماليس عندك » وقال الكرخي : حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزى قال : حدثنا الحسن بن القزاز قال : حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقى . وحدثنا إبراهيم قال : حدثنا ميمون الخياط قال : حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة : حدثنا الحى عن عروة البارقى « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى به أضحية فاشترى شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار ، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة ، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه » وروى « أنه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى حكيم بن حزام ليشترى به أضحية ، فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ، ثم اشترى شاة بدينار وجاء الشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأخبره بذلك فقال : صلى الله عليه وسلم : بارك الله لك فى صفقتك ؛ فأما الشاة فضح بها ، وأما الدينار فتصدق به » وقولك لاانعقاد إلا بالقدرة الشرعية ، إن أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر . وإن أردت لاانعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحة فى الإجازة فيجيز فعله أو علمها فيبطله ممنوع ، ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشترى من غير ضرر ، ولا مانع شرعى فيدخل ثبوته فى العمومات . أما تحقق ماذكرنا فإن المالك يكفى مؤنة طلب المشترى ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البدل المطلوب له المحبوب والمشترى وصوله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها إذا كان مهما له والعاقد يصون كلامه عن الإلغاء والإهدار بل وحصول الثواب له إذا نوى الخير لله تعالى من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم . ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن فى هذا العقد ثابتا دلالة ، إذ كل عاقل يأذن فى التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون،

تصرف تمليك ، وقد صدر من أهله ووقع فى محله فوجب القول بانعقاده ، أما أنه تصرف تمليك من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع فى ذلك ، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لأن التمليك من غير المالك لايتصور . فإن قيل : تصرف التمليك شرع لأجل التمليك فإن المراد بالأسباب الشرعية أحكامها ، فإذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا . فالجواب أن الحكم يثبت بقدر دليله ، وهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذكر أفاد حكما موقوفا كما أن السبب البات أفاد حكما باتا أو أن السبب إنما يكون لغوا إذا خلا عن الحكم ، فأما إذا تأخر فلا كما فى البيع بشرط الخيار ، وأما صدوره من الأهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ ، وأما المحل فإن محل البيع هو المال المتقوم ، وبانعدام الملك للعاقد فى المحل لاتنعدم المالية والتقوم ، ألاترى أنه إذا باعه بإذن المالك جاز ، والإذن لايجعل غير المحل محلا . وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق المقتضى لايمتنع إلا لمانع والمانع

(قوله لأن التمليك من غير المالك لايتصور) أقول : فيه منع ، فإن وصى اليتيم مثلا ليس بمالك لمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق . وأيضا إذا كان إضافته من قبيل إضافة العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف تمليك فى معنى تمليك إذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك (قوله فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول : الأولى هو القصر على العقل على ما سيجىء فى المأذون ليشمل بيع الصبى العاقل الفضولى .

ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده . إذ لاضرر فيه للمالك مع تخييره . بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره ، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفع المشترى فثبت للقدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه ، كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن فى التصرف النافع ،

المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع ، فهذا أصل لقياس صحيح . لايقال : فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغى أن ينفذ العقد . لأنا نقول : الثابت دلالة مالاضرر فيه ، وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك فثبت بهذا القدر . فأما نفاذه بلا رأيه ففيه إضرار به ، إذ قد لايريد بيعه فيثبت . بخلاف بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء لايجوز لعدم المحل ، فإن الطير ليس بمملوك أصلا قبله وما ليس بمملوك لأحد لايكون محلا للبيع ، وبيع الآبق ينعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك إذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبى ولو بمال لحق الشرع فإنه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وإن كان عاقلا إذ صح توكيله بذلك من غيره . وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلهذا لم يتوقف ذلك منه لاعلى إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ . بخلاف ما لو اشترى أو زوّج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ . فإن قيل : يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك . قلنا : لايلزم من عدم ترتيبه فى الحال عدمه مطلقا بل هو مرجوٌّ فلا يلزم عدمه ، وكون متعلق العقد مرجوا كاف فى صحة التصرف . وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط ، وإلا فلا وقوع فى الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغى أن يلغى ، لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا فى الحال مضافا أو عند الشرط كقولنا هذا . وقول المصنف (تصرف تمليك) من إضافة العام إلى الخاص كحركة الإعراب ، والإضافة فى مثله بيانية : أى تصرف هو تمليك وحركة هى إعراب ، ولا حاجة إلى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولى تتوقف عندنا إذا صدرت ، وللتصرف مجيز : أى من يقدر على الإجازة سواء كان تمليكا كالبيع والإجارة والهبة والتزويج والتزوج أو إسقاطا ، حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعقد ، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها ، وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعى ، وأما القياس على الفضولى بالشراء ففى شراء الفضولى : تفصيل ذكره فى شرح الطحاوى ، وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس ، أما إذا قال الفضولى اشتريت هذا لأجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لأجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولى غير متوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذا على المشترى فلا يتوقف لأنه أضيف إليه ظاهرا فلا حاجة إلى إيقافه إلى رضا الغير . وقوله لأجل فلان

منتف لأن المانع هو الضرر ولا ضرر فى ذلك لأحد من المالك والعاقدين ، أما المالك فلأنه مخير بين الإجازة والفسخ ، وله فيه منفعة حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ، وأما الفضولى فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء ، وأما المشترى فظاهر فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع . فإن قيل : القدرة بالملك أو بالإذن ولم يوجدا . أجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وأن الإذن ثابت دلالة ، لأن العاقل يأذن فى التصرف النافع . فإن قيل : سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس بمنحصر فى الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام « لاتبع ماليس عندك » وكذلك العجز عن التسليم ؛ ألاترى أن بيع الآبق والطير فى الهواء

قال (وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لأن الإجازة تصرّف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه ؛

يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه ، بخلاف البيع لم يجد نفاذا (قوله وله الإجازة) أى للمالك (إذا كان المعقود عليه باقيا) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولى والذى خاطبه فلا بد من بقاء أربعة : الثلاثة المذكورة ، والمالك حتى لو مات لاتصح إجازة الوارث كما سنذكر ، هذا فيما إذا كان الثمن دينا : أى مما لايتعين وهذا (لأن الإجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيام العقد) الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وإنما لم يذكر المالك لأنه ذكر أن الإجازة منه وهو فرع وجوده . وفى الإيضاح . عقد الفضولى فى حق وصف الجواز موقوف على الإجازة فأخذت الإجازة حكم الإنشاء ، ولا بد فى الإنشاء من قيام الأربعة ، وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لم ينتقل فيه وإنما ينتقل بعد الإجازة ، ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشترى ليلزمه الثمن ، وبعد الموت لايلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم

لايجوز مع وجود الملك فيهما ؟ فالجواب أن قوله لاتبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو البيع الباتّ فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة . والدليل على ذلك ما روى الكرخى فى أول كتاب الوكالة قال : حدثنا إبراهيم قال : حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال : حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة . قال : أخبرنا الحسن عن عروة البارقى («أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى أضحية ، فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار ، فدعا النبى صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه » لايقال : عروة البارقى كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لأنه دعوى بلا دليل إذ لايمكن إثباته بغير نقل ، والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشترى له أضحية ، ولو كان لنقل على سبيل المدح له . فإن قيل : هل يجوز شراء الفضولى كبيعه أو لا ؟ أجيب بأن فيه تفصيلا ، وهو أن الفضولى إن قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولى قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف . وإن قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال اشتريت لايتوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذا على المشترى حيث أضيف إليه ظاهرا فلا حاجة إلى الإيقاف على رضا الغير . وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك ، بخلاف البيع فإنه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتيج إلى الإيقاف على رضا الغير ، وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لايتوقف على الإجازة (قوله وله) أى للمالك (الإجازة) . اعلم أن الفضولى إما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى الموصوف بغير عينه ، وإما أن يبيع بثمن عين ، فإن كان الأول فللمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما ، فإن أجاز حال قيام الأربعة جاز البيع لما ذكر أن الإجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة فى يد الفضولى ؛

(قوله فالجواب أن قوله لا تبع نهى عن البيع الخ) أقول : وإنما لم يجب لأن النهى يقتضى المشروعية كما سبق لأنه تجر إلى فساد البيع فليتأمل (قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه ذكر فى مسئلة بيع الآبق إذا عاد من الإباق حيث لايتم العقد فى ظاهر الرواية ، ويحتاج إلى عقد جديد أنه وقع باطلا فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل ، فما قرره هنا مخالف لذلك إلا ليكون هذا مبنيا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر .

وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة فى يده بمنزلة الوكيل . لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة . وللفضولى أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه . بخلاف الفضولى فى النكاح لأنه معبر محض ، هذا إذا كان الثمن دينا ، فإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيا أيضا ، ثم الإجازة إجازة نقد لاإجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى ، وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا ، لأنه شراء من وجه والشراء لايتوقف على الإجازة

إلا حيا والمالك لأن الإجازة تكون منه لامن وارثه (وإذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشترى (والثمن مملوكا له أمانة فى يده) أى فى يد الفضولى ، فلو هلك لايضمنه (كالوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث أنه بها صار تصرفه نافذا وإن لم يكن من كل وجه فإن المشترى من المشترى إذا أجاز المالك لاينفذ بل يبطل . بخلاف الوكيل . وهذا بسبب أن الملك البات إذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشترى من الفضولى يبطل الموقوف . ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير إذنه فمات قبل الإجازة توقف النكاح إلى إجازة الوارث لأنه لم يطرأ ملك بات للوارث فى البضع ليبطل ، وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد . بخلاف نحو ابن العم (وللفضولى) أى فى البيع (أن يفسخ قبل إجازة المالك) حتى لو أجازه لاينفذ لزوال العقد الموقوف . وإنما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم فى العيب وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولى فى النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لأنه معبر محض) أى كناقل عبارة ، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق ، وقد ثبت للمالك والولى حق أن يجيز ، وكذا بالفعل كأن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجة أختها توقف العقد الثانى أيضا ، بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطروء البات على الموقوف (هذا) الذى ذكرناه فيما (إذا كان الثمن دينا ، فإن كان عينا) بأن باع الفضولى ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض ، وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولى يكون ببيع مال الغير مشتريا بالعرض من وجه ، والشراء لايتوقف إذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولى فيصير مالكا للعرض ، والذى تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولى أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالى هذا قرضا عليك ، فإن كان مثليا فعليه مثله ، وإن كان قيميا كثوب أوجارية فقيمته ، فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب . والقرض وإن لم يجز فى القيميات لكن ذلك إذا كان

وإن كان الثانى فيحتاج إلى قيام خمسة أشياء : ماذكرنا من الأمور الأربعة ، وقيام ذلك العرض أيضا ، والإجازة اللاحقة إجازة نقد بأن ينقد البائع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد ، لأن العقد لازم على الفضولى والعرض الثمن مملوك له ، وعليه مثل المبيع إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، لأن الثمن إذا كان عرضا صار البائع من وجه مشتريا ، والشراء إذا وجد نفاذا على العاقد لايتوقف على الإجازة ؛ وكما أن للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولى والمشترى لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولى فله أن يتحرز عن التزام العهدة ، بخلاف الفضولى فى النكاح فإن فسخه قبل الإجازة باطل لأن الحقوق لاترجع إليه وهو فيه معبر ؛ فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبى . ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة انفسخ . ولو هلك المالك لاينفذ بإجازة الوارث

ولو هلك المالك لاينفذ بإجازة الوارث فى الفصلين لأنه توقف على إجازة المورّث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ، ولو أجاز المالك فى حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول أبى يوسف رحمه الله أوّلا ، وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال :لايصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع فى شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك .

قصدا ، وهنا إنما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لاغير ، كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته إن كان ثوبا لأن الثوب مثلى فى باب السلم ، فكذا فيما جعل تبعا له ، فكذا هنا إذ لاصحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية ، والشراء مشروع فما فى ضمنه يكون مشروعا ، هذا وإنما ينفذ الشراء على المشترى إذا لم يضفه إلى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشترى من آخر ، فأما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفى الوكالة ينفذ على الموكل . فإنه ذكر فى شرح الطحاوى : ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذى اشتراه له أو لم يجز ، أما إذا أضافه إلى آخر بأن قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشترى هذا البيع لفلان فإنه يتوقف . وقوله (ولو هلك المالك لاينفذ بإجازة الوارث) قلمنا الكلام فيه ، وهو بخلاف القسمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحسانا لأنه لافائدة فى نقض القسمة ثم الإعادة ، وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم . ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد ، وإن هلك بعده فللمالك أن يضمن أيهما شاء البائع أو المشترى ، وأيهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا ، فإذا ملكه من أحدهما لايتصور تمليكه من الآخر ، فإن اختار تضمين المشترى بطل البيع الموقوف لأن أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشترى بالثمن على الفضولى لابما ضمن ، وإن اختار تضمين البائع نظر إن كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ بيعه لأن سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وإن كان قبض أمانة ، وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم لاينفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه تأخر عن عقده . وذكر محمد فى ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع ، وهو محمول على أنه سلمه أوّلا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب ، هذا إذا باعه بثمن دين ، فإن كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك فى يد البائع بطل البيع فلاتلحقه إجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشترى مثل العرض أو قيمته إن كان قيميا لأنه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك فى حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول أبى يوسف أوّلا ، وهو قول محمد) رحمه الله (لأن الأصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال : لايصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع

فى الفصلين : أى فيما إذا كان الثمن دينا أو عرضا ، لأنه توقف على إجازة المورّث لنفسه فلايجوز لإجازة غيره . واستشكل بما إذا تزوجت أمة لرجل قد وطئها مولاها بغير إذنه فمات المولى قبل الإجازة وورثها ابنه فإن النكاح توقف على إجازة الابن ، فإن أجاز صح وإلا فلا ، فهذه فضولية وتوقف عملها على إجازة الوارث . أجيب بأن علم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لأنه يبطله ، وهاهنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الأب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث إذ هو قائم مقام المورث ، حتى لو لم تكن موطوءة الأب بطل نكاحها (ولو أجاز المالك فى حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد ، لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف وقال : لايصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع فى شرط الإجازة ، وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك . فإن قيل : الشك هو ما استوى طرفاه وهاهنا

(قال المصنف : وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه) أقول : إذ الظاهر بقاء ما وجد .

قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشترى ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد رحمهم الله : لايجوز لأنه لاعتق بدون الملك، قال عليه الصلاة والسلام « لاعتق فيما لايملك ابن آدم » والموقوف لايفيد الملك ، ولو ثبت فى الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه . والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ، ولهذا لايصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدى الضمان ، ولا أن يعتق المشترى والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك .

فى شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبدا فباعه فأعتقه المشترى ثم أجاز المولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد فى الجامع الصغير ولم يذكر خلافا ، لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر فى بطلان العتق وهذه من المسائل التى جرت المحاورة بين أبى يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف : ماروبت لك عن أبى حنيفة أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل ؛ وقال محمد : بل رويت لى أن العتق جائز . وإثبات مذهب أبى حنيفة فى صحة العتق بهذا لايجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحا . وأقل ماهنا أن يكون فى المسئلة روايتان عن أبى حنيفة . قال الحاكم الشهيد : قال أبو سليمان : هذه رواية محمد عن أبى يوسف ونحن سمعنا من أبى يوسف أنه لايجوز عتقه ، وسيجىء إن شاء الله تعالى . قالوا : وقول محمد قياس . وقول أبى حنيفة استحسان . وجه قول محمد أنه لاعتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم « لاعتق فيما لايملك ابن آدم » والموقوف لايفيد الملك) وقت العتق (ولو ثبت فى الآخرة) أى عند الإجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أى لأجل أن الشرط الملك الكامل (لايصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدى الضمان ولا المشترى) بشرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع

طرف البقاء راجح إذ أصل البقاء مالم يتيقن بالمزيل وهاهنا لم يتيقن . أجيب بأن الاستصحاب حجة دافعة لامثبتة ، ونحن هاهنا نحتاج إلى ثبوت الملك فى المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة . قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشترى) . قيل جرت هذه المحاورة فى هذه المسئلة بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب . قال أبو يوسف : ما رويت لك عن أبى حنيفة أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل . وقال محمد : بل رويت أن العتق جائز . وصورتها ماذكره فى الكتاب (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشترى ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحسانا ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لايجوز لأنه لاعتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام « لاعتق فيما لايملك ابن آدم » لا ملك هاهنا ، لأن (الموقوف لايفيد الملك) فى الحال وما يثبت فى الآخرة فهو مستند ، وهو ثابت من وجه وذلك غير مصحح للإعتاق (إذ المصحح له هو الملك الكامل) المدلول عليه بإطلاق ماروينا ، ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز ، وليس الملك فيه كاملا لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه ، واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا لايصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدى الضمان) وهو راجع إلى قوله لأنه لاعتق بدون الملك . وقوله (ولا أن يعتق المشترى والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع إلى قوله والموقوف لايفيد الملك .

(قوله لأن محل العتق هو الرقبة الخ) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله ولهذا لا يصح أن يعتق الخ) أقول : وعندى معنى قوله ولهذا أى ولكون المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند .

وكذا لايصح بيع المشترى من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان، وكذا لايصح إعتاق المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان. ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ، ولا ضرر فيه على مامر فتوقف الإعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كإعتاق المشترى من الراهن وكإعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالديون يصح ، وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك .

(وكذا لايصح بيع المشترى من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لايصح إعتاق المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق فى النكاح الموقوف حتى إذا أجيز لايقع على المرأة ، وكل من الطلاق والعتق فى الحاجة إلى الملك على السواء ، وكذا إذا جعل فضولى أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لاتطلق بل يثبت التفويض . فإن طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ وإلا لا (ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على مامر) أول الباب (فيثبت الإعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام ، واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لايصح عتق المشترى والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق إذ الخيار يمنع ثبوته فى حق الحكم لا باتا ولا موقوفا ، وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح ، وبموضوع لإفادة الملك عن الغصب؛ فخرج الجواب عن قوله لاينفذ من الغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان ، على أن الغصب ليس سببا موضوعا لإفادة الملك إنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية أن يعتبر سببا لا أنه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لايتعدى إلى الزوائد المنفصلة ، بخلاف البيع إذا أجيز يثبت الملك فى المتصلة والمنفصلة . وأما بيع المشترى من الغاصب فإنما لايصح منه لبطلان عقده بالإجازة ، فإن بها يثبت الملك للمشترى باتا ، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله . وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لايتصور اجتماع البات مع الموقوف فى محل واحد على وجه يطرأ فيه البات ، وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كإعتاق المشترى من الراهن) فإنه يتوقف بالاتفاق على إجازة المرتهن أو فك الرهن ، والجامع أنه إعتاق فى بيع موقوف (وكإعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ إذا قضى الدين .

وقوله (وكذا لايصح بيع المشترى من الغاصب) يعنى أن المشترى من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لايصح هذا البيع الثانى ، فكذا إذا أعتق ينبغى أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق ؛ ألاترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ؛ ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه ، وإذا لم ينفذ ماهو أسرع نفوذا فلأن لاينفذ غيره أولى (قوله وكذا لايصح إعتاق المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان. ولهما أن الملك) فيه (ثبت موقوفا) والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفا على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه ، أما أنه ثبت فلوجود المقتضى وهو التصرف المطلق الموضوع لإفادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر ، وأما أنه موقوف فلما تقدم ، وأما أن الإعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على إعتاق المشترى من الراهن بجامع كونه إعتاقا فى بيع موقوف وبالقياس على إعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالديون فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه إعتاقا موقوفا فى ملك موقوف ، وهذا أبعد من الأول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به ، واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط

(قال المصنف : ولهما أن الملك ثبت موقوفا الخ) أقول : لعلهما يقولان فى الجواب عن تعلقه بالحديث أن المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وإن عم العتق النافذ وغيره يعمم الملك أيضا بلا فرق فليتأمل (قوله وهذا أبعد من الأول الخ) أقول : لأن فى الأول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن .

بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك ، وبخلاف ما إذا كان فى البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق . وقران الشرط به يمنع انعقاده فى حق الحكم أصلا . وبخلاف بيع المشترى من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك باتّ . فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ، وأما إذا أدّى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشترى منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح .

وأما) عتق المشترى من الغاصب (إذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأى ابن يحيى البصرى فى وقفه وهو من أصحاب أبى يوسف . ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشترى ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى . وأما عدم وقوع الطلاق فى النكاح الموقوف وفى التفويض الموقوف فالأصل فيه أن كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقا وإلا احتجنا إلى أن نجعله سببا فى الحال متأخرا حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا فى الحال ، فإذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد . وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولى معلقا بالإجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة . وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر فى حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له إذا ثبت ، وهذا لأنه لا يثبت لأجل صحة الطلاق مقصودا

الخيار ، وبقوله موضوع لإفادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك ، وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة ، فإن إعتاق الغاصب إنما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك . قال فى النهاية : وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فإنه يرد عليه أن يقال : لما كان غير موضوع لإفادة الملك وجب أن لا ينفذ بيعه أيضا عند إجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك لما أن كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج إلى الملك والملك هنا بالإجازة ، ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره فى المبسوط وقال : وهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة ، لأن المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب فى كسبه وهاهنا الثابت للمشترى من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ، ولو قدّر فى كلام المصنف مضاف : أى غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على أنه ليس بوارد لأن البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفى فيه حكم الملك والغصب يفيده (قوله بخلاف ما إذا كان فى البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام ، فإن قوله على أنى بالخيار مقرون بالعقد نصا ، وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون فى حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معلوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشترى من الغاصب) جواب عن الثالثة . ووجهه ما قال لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك باتّ فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك الباتّ والموقوف على محل واحد . وفيه بحث من وجهين : الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وإن طرأ الملك الذى ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشترى الذى اشترى

(قوله ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول : إلى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفى فيه حكم الملك والغصب يفيده) أقول : يعنى الغصب يفيد حكم الملك (قوله الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول : إنما قال : ، ثم أدى الضمان لأنه لو ملك الغاصب المغصوب من جهة المالك ببيع أو هبة أو إرث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لأن الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله ، كذا فى فتاوى التمرتاشى فى باب بيع عبد غيره .

قال (فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشترى) لأن الملك قد تم له من وقت الشراء ، فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد ،والعذرله أن الملك من وجه يكفى الاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد فى الرق يكون الأرش للمولى ، فكذا إذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشترى ، بخلاف الإعتاق

لأن شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك إلا بناء على ثبوت المقصود أولا وهومنتف هنا ، فلو ثبت لكان ليس إلالصحة وقوع الطلاق . بخلاف ملك اليمين فإنه يجوز أن ينعقد مقصودا لصحة العتاق ، والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم « لاعتق » الحديث النافذ فى الحال ، وغاية مايفيد لزوم الملك للعتق وهوثابت هنا فإنا لم نوقعه قبل الملك . فحاصل الخلاف كما قال الإمام القاضى يرجع إلى أن بيع الفضولى لاينعقد فى حق الحكم عند محمد وهوالملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لافى ملك فيبطل ، كما لو باعه المشترى من الغاصب ، وعندهما يوجبهموقوفا لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر فى نفاذ الملك لافى توقفه ، وبعد فالمقدمة القائلة فى كلام محمد إن المصحح للإعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع. ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج إلى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فإن قطعت يد العبد) أى عند المشترى من غاصبه . وحاصل وجوه هذه

منه وهو موقوف . الثانى أن طروء الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف لأن الدفع أسهل من الرفع ، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولى فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولى وليس كذلك . وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشترى . وعن الثانى بأن البيع الموقوف غير موجود فى حق المالك بل يوجد من الفضولى ، والمنع إنما يكون بعد الوجود ، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولى فقد ثبت للمشترى ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف لايجتمعان فى محل واحد ، وفيه نظر لأن مايكون بعد الوجود رفع لامنع ، وفى الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا فى أن طروء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال . وقوله (أما إذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة . وتقريره : أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشترى منه لاينفذ بل ينفذ ، كذا ذكره هلال فى كتاب الوقف فقال : ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى . قال المصنف : وهو الأصح ، ولئن سلم فنقول : هناك المشترى يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لاتستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لاينفذ عتقه ، وهاهنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشترى من وقت العقد . قال (فإن قطعت يد العبد الخ) إذا قطعت يد العبد فى يد المشترى من الغاصب وأخذ المشترى أرشها ثم أجاز المالك البيع فالأرش للمشترى لأن الملك بالإجازة قد تم للمشترى من وقت الشراء لأن سبب الملك هو العقد وكان تاما فى نفسه ، ولكن

(قوله والمنع إنما يكون بعد الوجود) أقول : فسر العلامة الكاكى قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله : أى بعد وجود التعارض ، ومنه يتنبه لدفع نظر الشارح فتنبه (قوله وفيه نظر لأن مايكون بعد الوجود رفع الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن توجه السؤال من الظهور بحيث لايمكن أن يخفى على أحد لا سيما إذا نظر إلى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول : الوقف تحرير الأرض ، كما أن العتق تحرير العبد،ولعل الأولوية من حيث أن لزوم الوقف يحتاج إلى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الإعتاق .

علي مامر .

المسئلة المذكورة أن من غصب عبدا فباعه ، فإما أن يعتقه المشترى من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب ، وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للأرش فأخذ أرشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب ، وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشترى من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذى يلى هذا الفرع ، وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات فى يده أو قتل ثم أجاز : فهى أربعة فروع تتفرع على إجازة بيع الغاصب : أولها ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشترى منه وهى التى فرغ منها . والثانى ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد أن جنى على العبد جناية فأخذ أرشها فإن الأرش يستحقه المشترى من الغاصب لأن قطع يده لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت المعقود عليه بقطعها ، بخلاف موته فإذا لحقته الإجازة ظهر أنه قطع فى ملكه فيستحق أرش يده لما ذكرنا من أن البيع موضوع سببا للملك ، بخلاف ما لو قطعت فى يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فإنه لا يكون له الزوائد لأن الغصب لم يوضع سببا للملك وإنما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب

امتنع ثبوت الملك له المانع وهو حق المغصوب منه ، فإذا ارتفع بالإجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الأرش له ، وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشترى من ولد وكسب فإن لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها ، لأن ملكه بقى متقررا فيها ، والكسب والأرش والولد لا يملك إلا بملك الأصل . واعترض بما إذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فإنه لا يملك الأرش وإن ملك المضمون : وبالفضولى إذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق وإن ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكما للإجازة . وأجيب عن الأول بأن الملك فى المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهى تندفع بثبوته من وقت الأداء فلا يملك الأرش لعدم حصوله فى ملكه . وعن الثانى بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فإنه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه إلى وقت الإجازة . فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولى معلقا بالإجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة ، وهذه أى كون الأرش للمشترى حجة على محمد فى عدم تجويز الإعتاق فى الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشترى شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما فى الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر : أى الجواب له عن هذه الحجة أن الملك من وجه كاف لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد رقيقا فإن الأرش للمولى ، وكما إذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجاز البيع فإن الأرش للمشترى لثبوت الملك من وجه ، بخلاف الإعتاق : يعنى لا ينفذ إعتاق المشترى فيما إذا كان الخيار للبائع على مامر ، وهو قوله وبخلاف ما إذا كان فى البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده ، كذا فى النهاية . وقيل بخلاف الإعتاق متعلق بقوله إن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الأرش : يعنى أن إعتاق المشترى من الغاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد لأن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه ، وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله والمصحح للإعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ، ويتصدق بما زاد على نصف

(قوله وقيل بخلاف الإعتاق) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله وهذا أقرب) أقول : أى معنى وإن كان أبعد لفظا .

(ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل فى ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك . قال : فإن باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول

بطريق الضرورة فيظهر فى المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا المشترى (بما زاد) من أرش اليد (على نصف الثمن لأنه أى ما زاد على نصف الثمن (لم يدخل فى ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الآدمى نصفه والذى دخل فى ضمانه هو ما كان فى مقابلة الثمن ، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لأن أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته ، وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل فى ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك فى الأرش يثبت يوم القطع مستندا إلى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك . وأورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك فى الزوائد ينبغى أن يتصدق بالكل ، لأن فى الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور فى بيان شبهة عدم الملك فى الزوائد . ولو قيل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بإنفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إذ لا تفيد شيئا . ووزع فى الكافى الوجهين فقال : إن لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن ، لأن العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ، ولو كان أخذ الأرش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود ، : أى الملك حقيقة وقت القطع ، وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه . ولو كان المشترى من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرش للعبد . قال المصنف : وهذه أى هذه المسئلة . وفى بعض النسخ هو (حجة على محمد) يعنى كون الأرش للمشترى حجة على محمد فى عدم تجويزه إعتاق المشترى من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق فى ملك موقوف ، وهذا استحقاق أرش مملوك بملك موقوف (والعذر له) أى جوابه بالفرق (بأن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم عجز فرد فى الرق فإن (الأرش للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا إذا قطعت يد العبد فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجاز البائع (البيع) يكون (الأرش للمشترى بخلاف الإعتاق على ما مر) حيث لا يكفى فيه إلا الملك من كل وجه . والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول) أى بيع الغاصب

الثمن لأنه لم يدخل فى ضمانه لأن أرش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية . وفى العبد نصف القيمة . والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن ، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا إلى وقت البيع ، وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به . وفى الكافى : إن لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الأرش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن ، لأن العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ، ولو كان أخذ الأرش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع ، وإنما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ، وهذا كما ترى توزيع الوجهين فى الكتاب على الاعتبارين . قال (فإن باعه المشترى من آخر الخ) يعنى إن باع المشترى من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا أن بالإجازة يثبت للبائع ملك باتّ ، والملك الباتّ ، إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة فى البيع الأول والبيع يفسد به . قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولى أيضا لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما

لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ،ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة فى البيع الأول والبيع يفسد به، بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لايؤثر فيه الغرر . قال (فإن لم يبعه المشترى فمات فى يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الإجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل ،

(لم يجز البيع) أى بيع المشترى من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعنى قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكا باتا إلى آخره (ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة فى البيع الأول) أى بيع الغاصب (بخلاف الإعتاق عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فإنه) أى الإعتاق (لايؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشترى لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ، ولو باعه لايجوز . وقد روى عن أبى حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق . واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولى مطلقا غاصبا أو غير غاصب ، إذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الإجازة ، ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الإجازة . أجيب بأن هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه ، وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر ، وليس مثله ثابتا فى البيع الثانى لأنه لم يملكه المشترى الأول حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثانى عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلا ، وإنما وجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا ، لأن كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا فى المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانعا غرر الانفساخ الذى لم يشبه نفع . وفرق العتابى بغير هذا بين إعتاق المشترى من الغاصب حيث ينفذ بالإجازة وبين بيع المشترى من الغاصب حيث لاينفذ بالإجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما ، والمقرر للشىء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع إزالة له بلا إنهاء فكان ضدا محضا لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه . والدليل على الفرق بينهما أن المشترى إذا أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ، ولو باع ثم اطلع على عيب لايرجع . والرابع ماذكره بقوله (فإن لم يبعه المشترى و) لكن (مات فى يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من

وأن لايجيز ، ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولى موقوفا . وأجيب بأن غرر الانفساخ فى بيعهما عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم ؛ فبالنظر إلى الغرر يفسد ، وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما . لايقال : الغرر محرم فترجح لأن الصحة فى العقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك إجماعا ، وهو أن لايصح بيع أصلا لاسيما فى المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض ، وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه إذ المشترى الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثانى عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الإعتاق عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لأنه لايؤثر فيه الغرر ؛ ألا ترى أن البيع قبل القبض فى المنقولات لايصح لغرر الانفساخ ، والإعتاق قبل القبض يصح . قال (فإن لم يبعه المشترى فمات فى يده أو قتل) أى فإن لم يبعه المشترى من الغاصب فمات فى يده أو قتل (ثم أجاز المالك البيع) أى بيع الغاصب (لم يجز) بالاتفاق (لما ذكرنا أن الإجازة من

(قوله إذ المشترى الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول : فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول : منظور فيه ، فإن الشراح صرحوا فى كتاب الإكراه أن المغصوب منه إذا أجاز بيعا من البيوع لو تناسخت المغصوب العقود نفذ ما أجازه خاصة ، ولو لم ينعقد لما نفذ (قال المصنف : فإن لم يبعه المشترى فمات فى يده) أقول : قال الإتقانى : لم يذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير ولكن ذكروها فى شروحه ، وصاحب الهداية أيضا ذكرها تفريعا انتهى. فلا يكون قوله قال محمد فى محله لما ذكره الإتقانى نفسه فى أول باب الوطء الذى يوجب الحد أن كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمدا أو القدورى .

إذ لايمكن إيجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لأنه لاملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات ، بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشترى ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه . قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشترى البينة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض فى الدعوى ، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته ، والبينة مبنية على صحة الدعوى (وإن أقر البائع بذلك عند القاضى

شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا فى الموت ظاهر ، وأما فى القتل فلم لم يعتبر إيجاب البدل للمشترى بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فتصح الإجازة كما فى البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فإن البيع لاينفسخ كما ينفسخ بالموت ، بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشترى بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله ، وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فدار الفرق بأنه لاملك للمشترى من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لأنه ملك موقوف ، والملك الموقوف لايقابل بالبدل بخلافه فى البيع الصحيح (قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وإن وقع فى الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة ، بل صورتها : باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشترى بينة على إقرار البائع أنه لم يأمره مالكه ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فإن هذه البينة لاتقبل للتناقض على الدعوى ، إذ الإقدام على الشراء دليل دعواه صحته ، وأنه يملك بيعه ودعواه إقراره بعدم الأمر يناقضه ، إذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يبنى على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ؛ ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشترى أمرك أو ادعى المشترى عدم الأمر فالقول لمن يدعى الأمر لأن الآخر مناقض ، إذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر ، بخلاف الآخر ، ولذا ليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ، ذكره فى شرح الزيادات ، بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضى بذلك حيث يحكم بالبطلان ، والرد أن طلب المشترى ذلك لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار ولذا صح إقراره بالشىء بعد إنكاره إياه ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة : يعنى إنما ينفذ فى حق المقر خاصة ، فإذا وافقه المشترى نفذ عليهما فلذا شرط طلب للمشترى حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع ، والمراد بفسخ القاضى أنه يمضى إقرارهما لا أن الفسخ يتوقف على القضاء أوفروعها أن صاحب العبد إذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ فى حقه

شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع إيجاب البدل للمشترى بالقتل ، فلا يعد باقيا ببقاء البدل لأنه لاملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل لأن ملكه ملك موقوف وهو لايصلح أن يكون مقابلا بالبدل (بخلاف البيع الصحيح) فإنه إذا قتل المبيع قبل القبض لاينفسخ (لأن ملك المشترى ثابت بات فأمكن إيجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه) وهو القيمة والمشترى بالخيار ، فإن اختار البدل كان البدل للمشترى . قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشترى أرد البيع لأنك بعتنى بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (فأقام المشترى البينة) أن رب العبد أو البائع أقر أنه لم يأمر البائع ببيعه (لاتقبل بينته) لأنها تبتنى على صحة الدعوى فإن صحت الدعوى صحت البينة وإلا فلا وهاهنا بطلت الدعوى (للتناقض) لأن إقدام المشترى دليل على صحة الشراء وأن البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وأن البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة (وإن أقر البائع بذلك) أى بأنه باعه

بطل البيع إن طلب المشترى ذلك ، لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار ، وللمشترى أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما ، فلهذا شرط طلب المشترى . قال رحمه الله : وذكر فى الزيادات أن المشترى إذا صدّق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل . وفرقوا أن العبد فى هذه المسئلة فى يد المشترى . وفى تلك المسئلة

وتقرر ، وإن كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما إقرار منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما فى حقه ، ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ، ويبطل عن المشترى الثمن للآمر فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف يبقى فى ذمة المشترى للآمر ويرجع المشترى على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشترى عن الثمن عند أبى حنيفة ومحمد ، ويملك الإقالة بغير رضا الآمر . وعلى قول أبى يوسف لايملك (قوله وذكر فى الزيادات) إلى آخره . صورة مسئلة الزيادات : اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشترى خصما لأنه يدعيها لنفسه ، فإن أقرّ بها للمدعى أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه ، لأن إقراره بها له لايكون حجة على البائع ، وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لأن نكوله ليس حجة على غيره لأنه كإقراره . فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا ردّ عليه بعيب يحدث مثله بإقراره لايلزم الموكل ، وإن رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة ، لأن المشترى مختار فى النكول لأنه امتنع عن اليمين مع وجود مايطلق له الحلف وهو البيع الذى هو ظاهر فى الملك ، ولو كان مضطرا فالاضطرار إنما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله فى حق الغير . أما الوكيل فمضطر فى النكول إذ لم يوجد مايطلق له الحلف فإن غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك . ولو قال المشترى أنا أقيم البينة أنها للمستحق لارجع على البائع لايلتفت

بغير أمره (بطل البيع) إن طلب المشترى ذلك لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار (ألا ترى أن من أنكر شيئا ثم أقرّ به صح إقراره ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة لا ينفذ فى حق الغير ، فإذا ساعده المشترى على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض . وذكر المصنف رحمه الله مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير . وتصويرها ماقيل : رجل ادعى على المشترى بأن ذلك العبد له وصدقه المشترى فى ذلك ثم أقام البينة على البائع أنه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وإن تناقض فى دعواه . قال (وفرقوا) أى المشايخ بين روايتى الجامع الصغير والزيادات (بأن العبد فى هذه المسئلة) أى فى مسئلة الجامع الصغير (فى يد المشترى) فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفى تلك) أى مسئلة الزيادات العبد المبيع فى يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشترى فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه . قيل فى هذا الفرق نظر لأن وضع المسئلة فى الزيادات أيضا فى أن العبد فى يد المشترى . ولئن سلمنا أنه فى يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى . والأولى أن يقال : إن المشترى أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع فى مسئلة الجامع الصغير فلم تقبل للتناقض . وفى مسئلة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة . قال صاحب النهاية : ولم يتضح لى فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر ، وفيه نظر لأن التوفيق فى وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشترى أقدم على الشراء ، ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول ممعناه قبل البيع أقرّ بذلك ويشهدون به ، ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم ، والواضح فى الفرق ماذكره المصنف على ماقررناه . وما قيل إن التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بأن المشترى غير

(قوله قيل فى هذا الفرق نظر) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله وما قيل ، إلى قوله : يجاب عنه بأن المشترى الخ) أقول : هذا الجواب

فى يد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالما للمشترى .

إليه لأنه مناقض فى دعواه . لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع وبصحة البيع ، وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ماذكر فى المأذون . رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة أن البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع أنه مناقض ساع فى نقض ماتم به . والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد : إذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع أنه مناقض ساع فى نقض ماتم به . وفرق ، أما فى مسئلة الواهب فالفرق أن تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد ، والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى . وعندى أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل فى دعوى الحرية لأنهما مما قد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا ، والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته . وأما فى مسئلة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه ملك الغائب لأن البيع إقرار من البائع بانتقال الملك إلى المشترى . ثم مسئلة الاستحقاق لو أقامها على إقرار البائع أنها للمستحق قبلت لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره ، وهو خصم فى ذلك ويثبت ماليس بثابت وهو إقرار البائع ، ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا تصديق الخصم . ويجوز أن تقبل البينة على إقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق . كما قال علماؤنا فيمن فى يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة أنه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول إليه من جهة الغائب . ولو أقامها على إقرار المدعى تقبل وإن لم يدع الوصول إليه من جهته . وفرق فى شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكورة فى الهداية ، وهو أنه لا تقبل بينة المشترى على إقرار البائع أنه لم يأمره ، كما لا تقبل على دعواه أنه لم يأمره بأنه وضع المسئلة فى الجامع فيما إذا كان المبيع فى يد المشترى فهو سالم له من حيث الظاهر ، وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا حق الرجوع . وفى الزيادات : وضع فيما إذا أخذت الجارية من يد المشترى فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع . قال : ولا يقال فى مسئلة المأذون المبيع فى يد المشترى . ومع هذا قبلت بينته . لأنا نقول ذلك محمول على ما إذا أخذ العبد من يده ، وهذا هو فرق المصنف ، وهو منظور فيه بأن وضع مسئلة الزيادات أيضا فى أن الجارية فى يد المشترى كما أسمعتك ، فالأولى ماذكر فى الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسئلة الجامع محمولة على أن المشترى أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع ، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لأن إقدام المشترى على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعدم الأمر قبل البيع ، ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر بعد البيع . قال : ومسئلة

متناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلا ولا ملك الثمن للبائع ، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك ، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا فى مسئلة الجامع الصغير لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له إذ هو فى يده ولم نجعله متناقضا

مذكور فى الخبازية وزيادات قاضيخان ، ثم قوله يجاب عنه خبر لقوله وما قيل إن التناقض الخ (قوله متناقضا من وجه) أقول : من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول : أى من حيث الحقيقة ، والله أعلم .

الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين انتهى . وقيل مسئلة الجامع محمولة على إقرار البائع أو ربّ العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت . ومما يناسب المسئلة : باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد : تقبل بينته ويبطل البيع الأول . ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما فى شرح الزيادات ما لو قال المشترى للقاضى سل البائع أن الأمة للمستحق أو ليست له ؟ أجابه القاضى إلى ذلك لأنه يدعى أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره ، فيسأله القاضى فإن أقرّ بذلك ألزمه الثمن ، وإن أنكر وطلب المشترى تحليفه أجابه القاضى إلى ذلك . فنهم من قال إنما يحلفه لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه ، فإذا جحد يستحلف كما فى سائر الدعاوى ، فإنه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لأن شراءه إقرار منه بصحته ودعواه أنه ملك المستحق إنكار ذلك ولهذا لاتقبل بينته ، وكما لاتقبل البينة إلا بعد دعوى صحيحة لايستحلف إلا بعد دعوى صحيحة . دل عليه ما فى المأذون : اشترى عبد شيئا ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فأراد العبد أن يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه ، وإن أقرّ به البائع يلزمه . وذكر فى الجامع أن المشترى لو أراد استحلاف البائع أنك مابعته من فلان قبل أن تبيعه منى لم يكن له ذلك ، وإن أقر به البائع يلزمه . والجواب أن فى مسئلتنا المشترى غير مناقض من كل وجه لأنه لاينكر العقد أصلا ولا الثمن ، فإن بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك ، وإنما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الإقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه ، فجعلناه مناقضا فى حق البينة ولم نجعله مناقضا فى حق اليمين ليكون عملا بهما ، والعمل على هذا الوجه أولى لأن البينة حجة متعدية . فلو لم نجعله مناقضا فى حقها يلزمنا أن لانجعله مناقضا فى حق اليمين بطريق الأولى ، بخلاف مسئلة المأذون لأن العبد منكر لحكم العقد أصلا ، لأن شراء المحجور لايوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه ، وبخلاف مسئلة الجامع لأن ثمة المبيع فى يد المشترى فلا يكون له حق الخصومة ، وهذا على طريق الموافقة للمصنف فى الفرق قال : ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الأصل ، فإن أقرّ المشترى بذلك أو استحلف فنكل وقضى القاضى بحريتها لم يرجع المشترى على البائع . أما حرية الجارية فلأنها كانت له من حيث الظاهر فصح إقراره ولا يرجع على البائع لأن نكوله وإقراره حجة عليه دون غيره . منهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط من الكاتب لأن الاستحلاف لايجرى فى دعوى الرق فى قول أبى حنيفة . وعندهما يجرى إلا أن اليمين تكون على الأمة فلا معنى لقوله فأبى المشترى اليمين . ومنهم من قال : بل هو صحيح لأن موضوع المسئلة فيما إذا بيعت الأمة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كإقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشترى لأن الظاهر شاهد له ، فلو أن المشترى أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن . فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين : أحدهما أنه ليس بمناقض فى فصل الحرية لأنه فيما يظهر بينته أنه أخذ الثمن بغير حق ، وذلك دين عليه لأن الحرية تنفى انعقاد العقد وملك اليمين للبائع ، فكانت البينة مظهرة أن إقدامه على الشراء لم يكن إقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض . أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولاملك الثمن للبائع ، فلو قبلنا بينة المشترى أنها للمستحق لايظهر ببينته أنها للمستحق لأن إقدامه على الشراء إقرار بملك اليمين للبائع ، ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا شهوده ساعيا فى نقض ماتم به . والوجه الثانى أنه مناقض فى الفصلين ، إلا فى الفصل الثانى لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه فى يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الإمكان فصرنا إليه .

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخرا ، وكان يقول أولا : يضمن البائع ، وهو قول محمد رحمه الله ، وهى مسئلة غصب العقار وسنبينه إن شاء الله تعالى ، والله تعالى أعلم بالصواب .

أن هذا تناقض لايحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى ؛ كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع أو أقامت البينة أنه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره ، وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك قبلت . واختلف أصحابنا رحمهم الله فيمن باع أرضا ثم أقام بينة أنه باع ما هو وقف . منهم من قال لايقبل لأنه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ، ومنهم من قال تقبل لأنه لايحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه . وذكر أبو بكر الرازى رحمه الله إنما تقبل بينة المشترى أنها حرة لأنها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى ، حتى لوكان مكان الأمة عبد على قول أبى حنيفة لا تقبل ، وعلى قولهما تقبل لأنها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى ، والتناقض يمنع الدعوى . ولو ادعى المستحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقرّ المشترى بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لايرجع على البائع بالثمن لما قلنا ، فإن أقام المشترى البينة على البائع بذلك ، إن شهد الشهود على أن ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لأنه يثبت ببينته أنها لم تدخل فى العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا ، فإن شهدوا على أن ذلك كان بعد الشراء بينهما لاتقبل بينته لأنها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد ، والإعتاق المتأخر لايبطل الشراء السابق (قوله ومن باع دارا لرجل) أى عرصة غيره بغير أمره . وفى جامع فخر الإسلام : معنى المسئلة إذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما أدخلها المشترى فى بنائه فكذبه المشترى (لم يضمن البائع عند أبى حنيفة) لمن أقرّ بالغصب منه (وهو قول أبى يوسف آخرا ، وكان يقول أوّلا يضمن ، وهوقول محمد وهى مسئلة غصب العقار) هل يتحقق أولا ؟ عند أبى حنيفة لا فلا يضمن ، وعند محمد نعم فيضمن .

[فروع تتعلق بهذا الفصل] باع الأمة فضولى من رجل وزوّجها منه فضولى آخر فأجيزا معا ثبت الأقوى فتصير مملوكة لا زوجة ؛ ولو زوّجاها من رجل فأجيزا بطلا ، ولو باعاها من رجل فأجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك . ولو باعه فضولى وآجره آخر أو رهنه أو زوجه فأجيزا معا ثبت الأقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى ، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولى وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة بخلاف غيرها . والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن ، والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع ، ففيما لايبطل بالشيوع كهبة فضولى عبدا وبيع آخر إياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوى البيع فى إفادة الملك ، وهبة المشاع فيما لايقسم صحيحة فيأخذ كل النصف . ولو تبايع غاصبا عرضى رجل واحد له فأجاز لم يجز لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الإجازة . ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز . ولو غصبا النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لاتتعين فى المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين

قال (ومن باع دارا لرجل) قيل معناه : باع عرصة غيره بغير أمره (وأدخلها المشترى فى بنائه) قيل يعنى قبضها وإنما قيد بالإدخال فى البناء اتفاقا (لم يضمن البائع) أى قيمة الدار (عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا ، وكان يقول أوّلا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار) على ما سيأتى .

(باب السلم)

مثل ماغصب . وتقدم أن المختار فى بيع المرهون والمستأجر أنه موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن : فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الإبراء أو فسخ الإجارة أو تمام المدة تم البيع ، ولو لم يجيزا فللمشترى خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما ، وإن علم فكذلك عند محمد ، وقيل هو ظاهر الرواية . وعند أبى يوسف ليس له الفسخ إذا علم ، وقيل هو ظاهر الرواية ، وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر . وفى المرتهن اختلاف المشايخ . وفى مجموع النوازل : بيع المغصوب موقوف إن أقرّ به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة ، فلو أجاز تم البيع وإلا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع ، وقيل لا لأنه أخلف بدلا ، والأول أصح . وروى ابن سماعة عن أبى يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشترى مقام البائع فى الدعوى . وعن أبى حنيفة روايتان : رجل غصب عبدا وباعه ودفعه إلى المشترى ثم إن الغاصب صالح المولى من العبد على شىء : قال محمد : إن صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب ، وإن صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب . ومن البيع الموقوف بيع الصبى المحجور الذى يعقل البيع ويقصده . وكذا شراؤه على إجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضى ، وكذا الذى بلغ سفيها والمعتوه ، وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على إجازة الغرماء فى الصحيح خلافا لمن قال فاسد ، فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صحت إجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء ، وإن أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشترى لاتصح الإجازة ويبطل البيع ، ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض ، فإن صح من مرضه نفذ ، وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل ، والله أعلم .

(باب السلم)

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم ، لأنه إما بيع عين بثمن وهو المطلق ، أو قلبه وهو السلم ، أو ثمن بثمن فالصرف ، أو عين بعين فالمقايضة . ولم يشترط فى المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط فى الآخرين ، ففى الصرف قبضهما وفى السلم قبض أحدهما ، فقدم انتقالا بتدريج . وخص باسم السلم

(باب السلم)

لما فرغ من أنواع البيوع التى لايشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع فى بيان ما يشترط فيه ذلك ، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب : وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن . وفى اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بآجل . قيل فهو بالمعنى اللغوى إلا أن فى الشرع اقترنت به زيادة شرائط . ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ، ولو قيل بيع

(باب السلم)

(قوله أخذ عاجل بآجل) أقول : يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى ، إذ الأصل هو عدم التغير إلا أن يثبت بدليل (قوله قيل فهو الخ) أقول : القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول : الرد للإتقانى (قوله ولو قيل بيع

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة . فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما : أشهد أن الله تعالى أحلّ السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه . وتلا قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ـ الآية .

لتحقق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه : أعني تسليم رأس المال . وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق ، لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ، ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل . وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل . وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم إليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا ، ويذكر باقي الشروط أو بقول المسلم اشتريت منك إلى آخره ، وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان ، وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى ، ومعنى أسلمت إليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس ، فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ . وعرف أن ركنه ركن البيع . وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه . وسيذكر المصنف شرائطه . وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن ، ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة ، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ، ومعناه لغة السلف ، فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه ، وجعل إعطاء العوض للمسلم إليه فيه قضاء كأنه هو ، إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في أسلمت إليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد ، ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكا ، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه ، وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه ، قال الله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم

آجل بعاجل لاندفع ذلك . وركنه الإيجاب والقبول . بأن يقول ربّ السلم لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كرّ حنطة أو أسلفت فيقول الآخر قبلت ، ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه . ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه والقبول من ربّ السلم صح . وشرط جوازه سيذكر في أثناء كلامه إن شاء الله تعالى . قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ـ معناه إذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه ، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوما . ووجه الاستدلال (ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أي في السلف على تأويل المداينة (أطول آية في كتاب الله ، وتلا قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم ـ الآية) فإن قيل : هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به . قلنا : عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى ـ يحكم بها

آجل بعاجل الخ) أقول : قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الإتقاني (قوله فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول : إن أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك ، وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فسلم ولا يفيده ، إذ لا ينازع أحد في تناوله السبب وإن نوزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل ، وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روى عن ابن عباس تناقض آخر كلامه أوله .

وبالسنة وهو ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص في السلم » والقياس وإن كان يأباه[1] ولكنا تركناه بما رويناه . ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه . قال[2] (وهو جائز فى المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »

بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ـ الآية . وعنه رواه الشافعى فى مسنده والطبرانى وابن أبى شيبة . وعزاه بعض متأخرى المصنفين إلى البخارى . وهو غلط فإنه لم يخرج فى صحيحه لأبى حسان الأعرج واسمه مسلم . والمصنف قد ذكر لفظ الحديث : أحل السلف المضمون . فقال بعض المشايخ : المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه فى بعض رواياته السلف المؤجل . وعلى هذا فهى صفة مقررة لا مؤسسة ؛ ويكون ماروى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمعا بين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنة) إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (« وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص فى السلم ») وإن كان فى شرح مسلم للقرطبى مايدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ . قيل والذى يظهر أنه حديث مركب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم « لايحل سلف وبيع . إلى أن قال : ولا تبع ما ليس عندك » قال الترمذى : حسن صحيح : وتقدم . والرخصة فى السلم رواه الستة عن أبى المنهال عن ابن عباس قال « قدم النبىّ صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون فى التمر السنة والسنتين والثلاث . فقال : من أسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وفى البخارى عن عبد الله بن أبى أوفى قال : « إن كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب » . ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس . إذ هو بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشترى . فإن المشترى يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل ، إذ لابد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشترى ، والبائع قد يكون له حاجة فى الحال إلى السلم وقدرة فى المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع . ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لأنه بيع المعدوم ، قال : بل هو على وفقه فإنه كالابتياع بثمن مؤجل . وأى فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا فى الذمة وبين الآخر ، بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس . قال : وهذا المعنى هو الذى فهمه ترجمان القرآن ابن عباس ، وتلا الآية

النبيون الذين أسلموا ـ ومعناه الواجب فى الذمة . وأما السنة (فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم » والقياس يأبى جوازه) لأنه بيع المعدوم ، إذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص . قال (وهو جائز فى المكيلات والموزونات) السلم جائز فى المكيلات والموزونات (لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ») والوجوب ينصرف إلى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لامحالة . فإن قيل : من أسلم شرطية وهو لايقتضى الجواز كما فى قوله تعالى ـ قل إن كان للرحمن ولد فأنا أوّل العابدين ـ فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم فى الشرع . وإنما الحديث يستدل به على

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول : فإن وجوب الوصف شرعا يتضمن جواز موصوفه شرعا ، هذا هو مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول : وأيضا من الحديث الشريف تعلم طريق السلم ، وظاهر أن ذلك لا يكون إلا بعد الجواز ولا شبهة فى الآية الكريمة .

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لابد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا ، وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان ، والعبرة فى العقود للمعانى والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب فى محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك .

ثم قال بعد كلام اندفع فيه : فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذى لايقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة ، وأطال كلاما وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس ، وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به ؛ وليس كلامهم هذا بل إنه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلى فيه ، وكونه معدوما لايقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا فى مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده . وقوله أى فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق القياس ، وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس . ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل اورووده فانعدامه يوجب انعدام البيع ، بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت فى الذمة مع صحة البيع ، فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود فى الذمة وصف يطابقه الثمن لاعين الثمن ، وليس فى كلام ابن عباس مايفهم أنه رآه على خلاف القياس ، وكونه فيه مصلحة الناس لاينفى أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع وإن كان على خلاف القياس . قال المصنف (رحمه الله ؛ والمراد بالموزونات) أى التى يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل ، وإن أسلم غيرها من العروض ككر حنطة أو ثوب فى عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق ، لأن المسلم فيه لابد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها ، وإذا لم يصح فهل ينعقد بيعا فى الكر والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأسا ؟ حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل) ولا يبطل ، وهو قول أبى بكر الأعمش ، وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد إنما يكون فى المحل الذى أوجب المتعاقدان البيع فيه لافى غيره وهما لم يوجباه إلا فى الدراهم ، ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان فى غير محله إلا أن الأول عندى أدخل فى الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة ، وهذا من إفراد البيع بلا تأويل إذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضى ، وكونه أدخل الباء على الثوب لايقدح فى أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما ، وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما إذا اشترى خمرا بثوب فإنه لايبطل بل يفسد وإن كان يقتضى أن المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما أمكن

جوازه فى المكيلات والموزونات (والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لايكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ؛ ثم قيل : يكون باطلا ، وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الإمكان والاعتبار فى العقود للمعانى) والأول قول عيسى بن أبان ، والثانى قول أبى بكر الأعمش رحمهما الله . وهذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض فى الدراهم والدنانير ليمكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم ، وأما إذا كان كلاهما من الأثمان بأن أسلم عشرة فى عشرة دراهم أو فى دنانير فإنه لايجوز بالإجماع ، وما ذكره عيسى أصح لأن التصحيح إنما يجب فى محل أوجبا العقد فيه وهما أوجباه فى المسلم فيه ، وهو إذا كان من الأثمان لايصح تصحيحه لأنها لاتكون مثمنا ،

(١) (٢) (٣)

قال (وكذا فى المذروعات) لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ، ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ،

(قوله وكذا فى المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها) أى من هذه الثلاثة للضبط الذى هو شرط الصحة . وعرف من تعليله هذا أن شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير إفضاء إلى المنازعة ، فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم فى المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى إذا بين الطول والعرض.وفى الإيضاح : يحتاج إلى بيان الوزن فى ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كاما ثقل ازدادت قيمته . والحرير كلما خف زادت انتهى . وهذا فى عرفهم .وفى عرفنا ثياب الحرير أيضا وهى المسماة بالكمخاء كلما ثقل ازدادت القيمة . فالحاصل أنه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة . فإن قيل : ينبغى أن لايصح السلم فى غير المكيل والموزون لأنه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر فى النص المفيد لشرعيته إلا الكيل والوزن فلا يقاس عليهماغيرهما . لايقال : السلم مخصوص من عموم « لاتبع ماليس عندك » ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به . لأنا نقول : ذلك مقيد بما إذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لايقاس عليه غيره.فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع فى سياق النهى وهو لاتبع مطلق بالنسبة إلى ذكر الأجل فيا ليس عندك وعدمه . وشرعية السلم تقييد له بما إذا لم يذكر الأجل فى المبيع ، أما إذا ذكر الأجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس عنده . بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومه فى منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته . كما أن ماعنده أيضا لايجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه . فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل ، وكون المذكور فى الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم ، بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم فى المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة . يدل عليه سياق الحديث وهو « أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال : من أسلم فى شىء - يعنى من هذه الثمار - فليكن إلى أجل معلوم وفى كيل معلوم » ، ثم إنه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل ، فإن سبب شرعية

وتصحيحه فى الحنطة تصحيح فى غير ما أوجباه فيه فلا يكون صحيحا . قال (وكذا فى المذروعات لأنه يمكن ضبطها) أى وكجواز السلم فى المكيلات والموزونات جوازه فى المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات فى مناط الحكم وهو إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز إلحاقها بهما . وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشىء إنما يلحق بغيره دلالة إذا تساويا من جميع الوجوه ، وليس المذروع مع المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا ، وهما مثليان لأن المناط هو ماذكرنا ، إذ الجهالة المفضية إلى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا . فإن قيل : الدلالة لاتعمل إذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله « لاتبع ماليس عندك » فإنه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله « من أسلم منكم » الحديث ، فبقى ماوراءهما تحت قوله لاتبع . فالجواب إنا لانسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لأن القران شرط له

(قوله فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ) . أقول : هذا منع لايضر .

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض . لأن العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه ، والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت[٧] : بخلاف البطيخ

بيع ما ليس عنده الحاجة إلى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فأنيط بمظنة ذلك من الإقدام على أخذ العاجل بالآجل وإعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ؛ ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا تختلف وهو الحاجة الماسة إلى أخذ العاجل بالآجل وهي ثابتة من القزازين في المذروع كما في أصحاب المكيلات والموزونات ؛ يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء الأحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة : أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها . فإن قيل : في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما . فالجواب حينئذ . إن قلت : الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح ، بل الذراع المعين يضبط كية المبيع بلا شبهة فيه ، والاختلاف فيه ليس في الصنعة ، ونحن ما قلنا إن مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الأوصاف حتى ينضبط ، كما أن المكيل أيضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد أن يذكر الأوصاف معه ، فتأمل هذا التقرير فإن في غيره خبطا ، والله أعلم (قوله وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض) أي يجوز السلم فيها عددا (لأن العددي المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لأن التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ، ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين . وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب ، وهو مروي عن أبي يوسف ، وعليه عول المصنف : أعني أن ماتفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرءوس والأكارع والسفرجل . فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في المالية إلا إذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك . ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها إلا بذكر مميزات . وأجازوه في الباذنجان والكاغد عددا لإهدار التفاوت ، وفيه نظر ظاهر ، أو يحمل على كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز . وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك ، بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالإسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم إهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت . ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضا ، فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين . وعن أبي حنيفة أنه منعه في بيض النعام ادعاء لتفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية . والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس ، فإن كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز ، وإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون مع نقاء البياض أو إهداره . قال المصنف

وهو ليس بموجود . سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة (وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت) آحادها (كالجوز والبيض لأن العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم) فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروعات (فجاز السلم فيه إلحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت) فإنه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض (بخلاف البطيخ

والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا(١)، وبتفاوت الآحاد(٢) فى المالية يعرف العددى المتقارب . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لايجوز فى بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده فى المالية . ثم كما يجوز السلم فيها عددا(٤) يجوز كيلا . وقال زفر رحمه الله : لايجوز كيلا لأنه عددى وليس بمكيل . وعنه أنه لايجوز عددا أيضا للتفاوت(٥) . ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل ، وإنما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما . وكذا فى الفلوس(٦) عددا . وقيل هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله . وعند محمد رحمه الله لايجوز لأنها أثمان . ولهما أن الثمنية فى حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل.

(وكما يجوز عددا فى العددى المتقارب يجوز كيلا . وقال زفر : لايجوز لأنه ليس بمكيل بل معدود ، وعنه لايجوز عددا أيضا للتفاوت) بين آحاده . قلنا : أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت إذ لاتفاوت فى ماليته ، وأما كونه معدودا فسلم . لكن لم لايجوز كيله مع أن اعتبار المقدار ليس إلا للضبط والضبط لم ينحصر فى العدد بل يتعرف بطريق آخر . فإن قيل : الكيل غير معدوم فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخاخل : قلنا : قد علمنا به ورضى رب السلم فإنما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله ، وإنما يمنع ذلك فى أموال الربا إذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها ؛ وكيله إنما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا . وإذا أجزناه كيلا فوزنا أولى (قوله وكذا فى الفلوس عددا) أى يجوز السلم فى الفلوس عددا . هكذا ذكره محمد رحمه الله فى الجامع من غير ذكر خلاف ، فكان هذا ظاهر الرواية عنه . وقيل بل هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف . أما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين فى باب الربا لأنها أثمان ، وهذا ما أراده المصنف من قوله ذكرناه من قبل ، وإذا كانت أثمانا لم يجز السلم فيها على ماذكرناه . وروى عنه أبو الليث الخوارزمى أن السلم فى الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج ، لكن ظاهر الرواية عنه الجواز . والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمنا ، فإذا أقدما على السلم فقد تضمن إبطالهما اصطلاحهما على الثمنية . ويصح السلم فيها على الوجه الذى يتعامل فيها به وهو العد ؛ بخلاف البيع فإنه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين ، وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه . وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذى إلى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنيا : يعنى إذا بطلت ثمنيتها لايلزم خروجها عن العددية إلى الوزنية ، إذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذى تعورف التعامل به فيها وهو العدد إلا أن يهدره أهل العرف كما هو فى زماننا ؛ فإن الفلوس أثمان فى زماننا ولا تقبل إلا وزنا فلا يجوز السلم فيها إلا وزنا فى ديارنا فى زماننا وقد

والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا) فصار الضابط فى معرفة العددى المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد فى المالية دون الأنواع ، وهذا هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله ، ويؤيد ذلك ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله أن السلم لايجوز فى بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده فى المالية : ثم كما يجوز السلم فيها : أى فى المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا . وقال زفر : لايجوز لأنه عددى لا كيلى : وعنه أنه لايجوز عددا أيضا لوجود التفاوت فى الآحاد . ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز إهداره والاصطلاح على كونه كيليا (قوله وكذا فى الفلوس عددا) ذكره فى الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لأحد : وقيل هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف : وأما عند محمد فلا يجوز : أى لا يجوز

(ولا يجوز السلم فى الحيوان) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة ، والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب . ولنا أنه بعد ذكر ماذكر يبقى فيه تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى إلى المنازعة ،

كانت قبل هذه الأعصار عددية فى ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم فى الحيوان) دابة كان أو رقيقا ، وهو قول الثورى والأوزاعى (وقال الشافعى) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص . أما المعنى (فلأنه يصير معلوما) أى منضبطا (ببيان الجنس) كفرس أو إبل أو عبد (والسن) كابن مخاض أو عشار (والنوع) كعربى وبختى وحبشى (والصفة) كأحمر وأسمر وطويل أو ربعة (والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالإجماع وإلا لم يصح سلم أصلا . فإن الغائب لو بلغ فى تعريفه النهاية لابد من تفاوت بينه وبين المرئى ، فإن بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لايخفى وإن صدق اسم الجودة على كل منهما ، وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل ، وأما النص فما روى أبو داود عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن أبى حبيب عن مسلم بن جبير عن أبى سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة ، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » . ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم . وأخرج الطحاوى بسنده

السلم فى الفلوس لأنها أثمان ، والسلم فى الأثمان لايجوز . ولهما أن الثمنية فى حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما إبطالها باصطلاحهما ، فإذا بطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم ، وقد ذكرناه فى باب الربا فى مسئلة بيع الفلس بالفلسين . ومن المشايخ من قال : جواز السلم فى الفلوس قول الكل ، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لمحمد بين البيع والسلم ، وهو أن كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم ، فإقدامهما على السلم تتضمن إبطال الاصطلاح فى حقهما فعاد مثمنا ، وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فإن بيع الأثمان بعضها ببعض جائز ، فالإقدام على البيع لايتضمن إبطال الاصطلاح فى حقهما فبقى ثمنا كما كان ، وفسد بيع الواحد بالاثنين (قوله ولا يجوز السلم فى الحيوان) وهو لايخلو إما أن يكون مطلقا أو موصوفا ، والأول لايجوز بلا خلاف ، والثانى لايجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله : هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالإبل ، والسن كالجذع والثنى ، والنوع كالبخت والعراب ، والصفة كالسمن والهزال ، والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبه الثياب ، وقد ثبت « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر عمرو بن العاص أن يشترى بعيرا ببعيرين فى تجهيز الجيش إلى أجل . وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا » والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض . ولنا أن بعد ذكر الأوصاف التى اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة ، فقد يكون فرسان متساويان فى الأوصاف المذكورة ويزيد ثمن إحداهما زيادة فاحشة للمعانى الباطنة فيفضى إلى المنازعة المنافية لوضع الأسباب ، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد ، فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الأوصاف ، وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا أو كان فى دار الحرب ولا ربا بين الحربى والمسلم فيها ، وتجهيز الجيش وإن كان فى دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها فى دار الإسلام

(قوله فنقل الآلات كان من دار الحرب الخ) أقول : يعنى الآلات المهمة فى تجهيز جيش الإسلام من الخيل والجمال وغيرها ، فكان الأمر لعسر شرائها منهم .

بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد .

إلى أبي رافع « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا . فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة . فأمر أبا رافع أن يقضى للرجل بكره . فرجع إليه أبو رافع فقال : لم أجد فيها إلا جملا خيارا رباعيا . فقال : أعطه إياه : إن من خيار الناس أحسنهم قضاء » فدل على ثبوت الحيوان فى الذمة . وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة . وفى رواية : بأربعة أبعرة مضمونة . واستوصف بنو إسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف . وقال صلى الله عليه وسلم « ألا لا يصف الرجل الرجل بين يدى امرأته حتى كأنها تنظر إليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدى زوجها حتى كأنه ينظر إليها » فقد جعل الموصوف كالمرئى . وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الإبل دية فى الذمة وأثبت مهرا فى الذمة . وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما . قلنا : أما المعنى فيمنع أن بعد الوصف فى الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش . فإن العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت فى حسن الشيمة والأخلاق والأدب وفهم المقاصد مايصيره بأضعاف قيمة الآخر ، وكذا بين الفرسين والجملين (بخلاف الثياب) فإنها مصنوعة العبد بآلة خاصة ، فإذا اتحدت لم تتفاوت إلا يسيرا ، وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى فى غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك . وقول المصنف رحمه الله (قلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد) يريد أنهما يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت أصلا كما هو استعمال قلما فإن هذا الفعل : أعنى قل إذا كف بما استعمل للنفى : كقوله « وقلما وصال على طول الصدود يدوم » وحين علمنا أنه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ، ولا يخفى ما فى قول غير واحد من الشارحين إذا اتحد الصانع والآلة اتحدا المصنوع من التساهل ، وأما النص المذكور فقال ابن القطان : هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد ، فرواه حماد بن سلمة هكذا ، ورواه جرير بن حازم عن ابن إسحاق فأسقط يزيد بن أبى حبيب وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير : ذكر هذه الرواية الدارقطنى : ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه : عن ابن إسحاق عن يزيد بن أبى حبيب عن أبى حبيب : عن مسلم عن أبى سفيان عن عمرو بن حريش . ورواه عبد الأعلى عن ابن إسحاق عن أبى سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش . ورواه عن عبد الأعلى أبو بكر بن أبى شيبة ، فأسقط يزيد بن أبى حبيب وقدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم إلا أنه قال فى مسلم بن جبير مسلم بن كثير . ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكرا ولا أعلمه فى غير هذا الإسناد ، وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه . فلا حجة فيه مع أنه معارض بما هو أقوى منه ، وهو ما أخرجه ابن حبان فى صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » : ورواه عبد الرزاق : حدثنا معمر به ، وكذا رواه الدارقطنى والبزار قال البزار : ليس فى الباب أجل إسنادا من هذا . وقول البيهقى إنه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعى رحمه الله : إن حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت ، لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبرانى فى معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا ، وغاية ما فيه تعارض الوصل

يومئذ ، ولم يكن القرض ثابتا فى ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل أنه قضاه من إبل الصدقة والصدقة حرام

وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم فى الحيوان » ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير :

والإرسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف ، وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق : منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » وقول البيهقى : أكثر الحفاظ لايثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذى له ، فإنه فرّع القول بسماعه منه مع أن الإرسال عندنا وعند أكثر السلف لايقدح ؛ مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الإرسال . وأيضا اعتضد بالموصول السابق أو المرسل الذى يرويه من ليس يروى عن رجال الآخر ، وحديث آخر أخرج الترمذى عن الحجاج بن أرطاة عن أبى الزبير عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحيوان اثنين بواحد لايصلح نساء ، ولا بأس به يدا بيد » قال الترمذى حديث حسن كأنه للخلاف فى الحجاج بن أرطاة . وحديث آخر أخرجه الطبرانى عن ابن عمر نحوه سواء . وقول البخارى مرسل وجوابه على نحو ماذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لايضر لذلك أيضا مع أنه ليس كذلك . وأخرج الإمام أحمد : حدثنا حسين بن محمد ، حدثنا خلف بن خليفة عن أبى خباب عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ، فقال رجل : يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل ؟ قال : لا بأس إذا كان يدا بيد » وحمل هذه الأحاديث على كون النهى فيما إذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييدا للأعم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير إليه بلا موجب . وقال المصنف رحمه الله (صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم فى الحيوان ») هو ما أخرجه الحاكم والدارقطنى عن إسحاق بن إبراهيم بن جونى ، حدثنا عبد الملك الذمارى ، حدثنا سفيان الثورى عن معمر عن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان » وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وتضعيف ابن معين بن جونى فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف فى فن الحديث ، وكذا يجب أن يرجح على حديث أبى رافع إن صح لأنه أقوى سندا : أعنى حديث ابن حبان ، ولأن المانع يرجح على المبيح . وفى الباب أثر أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان

عليه فكيف يجوز أن يفعل ذلك (قوله وقد صح) يجوز أن يكون إشارة إلى جواب مايقال : التفاوت الفاحش فى المعانى الباطنة لايوجد فى العصافير والحمامات التى تؤكل ، وأن السلم فيها لايجوز أن يكون عندكم . وتقريره أن عدم جواز السلم فى الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فإنه يجوز فى الديباج دون العصافير ، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة . لايقال : النهى عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع ، لأن محمد بن الحسن ذكر فى أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضى الله عنه دفع مالا مضاربة إلى زيد بن خليدة فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب فى قلائص معلومة ، فقال ابن مسعود : اردد ما لنا لاتسلم أموالنا . وهو دليل على أن المنع لم يكن لكونه مطلقا لأن القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا . لايقال : فى كلام المصنف تسامح لأن الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لأن ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم ، وأما الدليل على

(قوله لا يقال فى كلام المصنف تسامح) أقول : يعنى فى قوله فى الحيوان ، ثم أقول : فيه شىء ، إلا أن يقال فى قوله تسامح تسامح ، والمعنى فى كلام المصنف اعتراض (قوله لأن ذكر ذلك الخ) أقول : جواب لقوله ولا يتوهم .

قال (ولا فى أطرافه كالرءوس والأكارع) للتفاوت فيها إذ هو(٢) عددى متفاوت لامقدر لها .

عن إبراهيم النخعي قال : دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكرى مالا مضاربة . فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيبانى فى قلائص . فلما حلت أخذ بعضا وبقى بعض . فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأتاه يسترفقه . فقال عبد الله : أفعل زيد ؟ فقال نعم . فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله : اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا فى شىء من الحيوان . قال صاحب التنقيح : فيه انقطاع بريد بين إبراهيم وعبد الله ؛ فإنه إنما يروى عنه بواسطة علقمة أو الأسود . إلا أن هذا غير قادح عندنا خصوصا من إرسال إبراهيم . فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المطلوب ؛ وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فإنما ذكر الله لهم أوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ؛ ولا شك فى أن هذا مما تحصل به المعرفة وكلامنا فى أنه ينتفى معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه . وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فللحوق الفتنة على السامع وهى لاتتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص . وأما ثبوته فى الذمة فى المهر والدية ونحوهما فلأن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجرى فيه المساهلة . بخلاف ما قوبل بمال فإنه تجرى فيه المشاحة فجرينا على موجب ذلك وقلنا : ماوقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لايجوز أن يثبت فى الذمة لما يجرى فيه من المشاحة عادة ، بخلاف غيره كالمهر وما معه فإنه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالآثار فيهما . ولقائل أن يقول : كون التفاوت بعد الأوصاف يبقى فاحشا لايضر . لأن ذلك باعتبار الباطن ، ولا يلزم المسلم إليه سوى ما تضمن ما ذكر من الأوصاف الظاهرة ، فإذا انطبق المذكور منها على مايؤديه المسلم إليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لأن المعقود عليه ليس إلا الموصوف فقط . نعم لوعين من الأوصاف الذكاء وجودة الفهم والأخلاق الحسنة ينبغى أنه لايجوز لأن ذلك لايعرف إلا بعد زمان الاختبار ، وبعده تجرى المنازعة فى أن أخلاقه ماهى وفى تحريرها . فالمفزع فى إبطال السلم فى الحيوان ليس إلا السنة ، وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبى عمرو قال : قلت له : إنما لايجوز فى الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف ، قال : لا ، لأنا نجوز السلم فى الديابيج ولا يجوز فى العصافير ، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيج ولكنه بالسنة . وفى مبسوط شيخ الإسلام : والعصافير وإن كانت من العدديات المتقاربة لكنه فى معنى المنقطع لأنه مما لايقتنى ولا يحبس للتوالد ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه يقام مقام الموجود ، بخلاف السمك الطرى لرجحان إمكان أخذه ؛ وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمرى وهو خلاف المنصوص عن محمد . وقد روى عن أبى يوسف أن مالا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفى لحومها ، وهو مشكل على الدليل . لأنا إن عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص ، وإن اعتبرنا عمومه وجب أن لايجوز . فإن قيل : فالسمك الطرى مخصوص من عموم الحيوان فجاز فى العصافير قياسا على الثياب بقلة التفاوت . قلنا : إنما يتم لو شرط حياة السمك الطرى فى المسلم فيه وليس كذلك ؛ بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا فى أطرافه) أى لايجوز السلم فى أطراف الحيوان (كالرءوس والأكارع) وهو جمع كراع وهو

ذلك فهو السنة . قال (ولا فى أطرافه كالرءوس والأكارع) والكراع ما دون الركبة من الدواب ، والأكارع جمعه لأنه عددى متفاوت لا مقدر له ولا فى جلوده لأنها تباع عددا وهى عددية فيها الصغير والكبير فيفضى السلم

قال (ولا فى الجلود عددا ولا فى الحطب حزما ولا فى الرطبة جرزا) للتفاوت فيها ، إلا إذا عرف ذلك بأن بين له طول مايشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لايتفاوت . قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه

مادون الركبة فى الدواب . قيل المانع مبنى على منع السلم فى الحيوان وهذه أبعاضه ، وليس بشىء لأنها لايصدق عليها الحيوان إن كان النهى تعبدا ، ولا المعنى إن كان معلولا بالتفاوت الفاحش لأن ذلك إنما يكون فى حالة الحياة ، وكان يلزم أن لايجوز فى الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة . ولذا يجوز السلم فى الجلود وزنا . والمصنف إنما ذكر فى منعه أنها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لانتفاء المقدور . وعندى لا بأس بالسلم فى الرءوس والأكارع وزنا بعد ذكر النوع ، وباقى الشروط ، فإن الأكارع والرءوس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا ، وقول مالك بجوازه عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراد أنها رءوس عجاجيل أو أبقار كبار ونحوه فى الغنم . فإن التفاوت بعد ذلك يسير (لافى الجلود عددا) وكذا الأخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس ، إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد فى المسلم فيه ضبطا لكميته ثم يذكر مايقع به الضبط كأن يذكر فى الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم ، وكذا فى الأديم بأن يقول طائفى أو برغالى ، وفى الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط أو حور ونحوه . وقول بعضهم يجوز فى الكاغد عددا محمول على مابعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه ، إلا أن يغنى ذكر نسبته عن قدره كورق حموى ، وفى الجواليق طوله ووسعه ، وكذا كل ماكان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (فى الحطب حزما ولا فى الرطبة جرزا للتفاوت إلا إذا عرف ذلك) بأن يبين طول مايشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان لايتفاوت ، وليس المعنى أن لايجوز السلم فيها أصلا بل لايجوز بهذا العقد ، ولو قدر بالوزن فى الكل جاز . وفى ديارنا تعارفوا فى نوع من الحطب الوزن فيجوز الإسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب ، وكون العرف فى شىء من بعض المقدرات لايمنع أن يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه إلا أن يمنع منه مانع شرعى كما قلنا فى البيض كيلا ، وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم فى الحنطة وزنا ، بخلاف ما إذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلى لما عرف فى باب الربا ، أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لأن رأس مال السلم فى الحنطة لايكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا كى لايصير تفاوت الحنطتين المتحقق الوزن كيلا ، وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبى حنيفة أنه لايجوز فى الحنطة وزنا . وذكر قاضيخان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ، ويجوز السلم فى القت وزنا والرطبة القضب ، والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة : وهى الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه ، وأما الجزز بكسر الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جزة وهى الصوف المجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه

فيها إلى المنازعة ، ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عددا ، لأن معناه أنه عددى ، فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الأولى لأنه لايوزن عادة . وذكر فى الذخيرة أنه إن بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ (ولا فى الحطب حزما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه ، فإن عرف ذلك جاز ، كذا فى المبسوط ، ولا فى الرطبة جرزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاى : وهى القبضة من القت ونحوه للتفاوت ، إلا إذا عرف ذلك ببيان طول ما تشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز إذا كان على وجه لايتفاوت . قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه

موجودا من حين العقد إلى حين المحِل ، حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحِل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز إذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها » ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود فى مدة الأجل ليتمكن من التحصيل .

موجودا من حين العقد إلى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ميمى من الحلول (حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الأوزاعى (وقال الشافعى) ومالك وأحمد وإسحاق (إذا كان موجودا عند المحل جاز) وإن كان منقطعا وقت العقد أو بينهما لأن اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه فى غير ذلك بلا موجب ، بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لأن نفى المدرك الشرعى يكفى لنفى الحكم الشرعى . ولهم أيضا إطلاق الحديث المتقدم أعنى « أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون فى التمر السنة والسنتين والثلاث » فأفاض فى بيان الشرط الشرعى فلم يزد على قوله « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه ، وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم أنه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه فى بيان ما هو شرط على ما عرف فى مثله . قلنا : بل فيه مدرك شرعى ، وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه ، واللفظ له عن أبى إسحاق عن رجل نجرانى . قلت : لعبد الله بن عمر أسلم فى نخل قبل أن تطلع ؟ قال لا ، قلت لم ؟ قال « لأن رجلا أسلم فى حديقة نخل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام ، فقال المشترى : أؤخرك حتى تطلع ، فقال البائع : إنما النخل هذه السنة ، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال للبائع : أخذ من نخلك

موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حلول الأجل شرط جواز السلم عندنا ، وهذا ينقسم إلى ستة أقسام : قسمة عقلية حاصرة ، وذلك لأنه إما أن يكون موجودا من حين العقد إلى المحل او ليس بموجود أصلا ، أو موجودا عند العقد دون المحل أو بالعكس ، أو موجودا فيما بينهما ، أو معدوما فيما بينهما . والأول جائز بالاتفاق ، والثانى فاسد بالاتفاق ، والثالث كذلك ، والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعى ، والخامس فاسد بالاتفاق ، والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعى . له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها » وهو حجة على الشافعى فإنه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ، ولأن القدرة على التسليم إنما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود فى مدة الأجل ليتمكن من التحصيل ، والمنقطع وهو ما لا يوجد فى سوقه الذى يباع فيه وإن وجد فى البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب ، وهذا حجة عليهما . واعترض بأنه إذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث ، وإذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز . وأجيب بأن القدرة إنما تكون موجودة إذا كان العاقد باقيا إلى ذلك الوقت ، حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه ، وفى ذلك شك . ورد بأن الحياة ثابتة فتبقى . وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى . فإن قيل : بقاء الكمال فى النصاب ليس بشرط فى أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك .

(قوله وهذا ينقسم إلى ستة أقسام الخ) أقول : بل إلى ثمانية أقسام ، والقسمان الأخيران . أن يكون موجودا عند العقد وما بعده دون المحل . وأن يكون موجودا عند المحل وما قبله دون وقت العقد ، إلا أنهما مندرجان فى قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول : فيه تأمل .

(ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار . إن شاء فسخ السلم . وإن شاء انتظر وجوده) لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض(٩)

شيئا ؟ قال لا ، قال : بم تستحل ماله ، اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا فى نخل حتى يبدو صلاحه » وجه الدلالة أنه أولا يصدق على السلم إذا وقع قبل الصلاح أنه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها . وفيه مجهول كما رأيت ، والحديث المعروف وهو « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » فيكون متناولا للنهى ، ويدل عليه ما أخرج البخارى عن أبى البخترى قال : « سألت ابن عمر عن السلم فى النخل قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح ، وعن بيع الورق نساء بناجز » وسألت ابن عباس رضى الله عنهما عن السلم فى النخل فقال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه » فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين فى العلم والتتبع أنهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم . فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم . وأما لزوم وجوده بينهما فإما لعدم القائل بالفصل لأن الثابت قائلان : قائل باشتراطه عند المحل فقط ، وقائل عندهما وفيما بينهما ، فالقول باشتراطه عندهما لا غير إحداث قول ثالث ، ونقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الأداء يتأخر عنه فلا يضطر إليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر ؛ لأن الظاهر استمرار الوجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل . فإن أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا فى مدة الأجل وباعتبار المظنة تناط الأحكام فلا يلتفت إلى كون بعض من يسلم إليه قد يحصله دفعة عند حلول الأجل كالذراع وأهل النخل ؛ فإن مايسلم فيه لايحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات ، أرأيت المسلم إليه فى الجلود أيذبح عند حلول الأجل ألف رأس ليعطى جلودها لرب السلم ، وكذا الأسماك المالحة والثياب والأخشاب والأحطاب والأعسال ، والمشاهد فى بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطى مايخرج له ويشترى الباقى ؛ وكثير يأخذون ليسترجوا فى رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا ، لأن وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ماذكرنا فيكون هو السبب فى اشتراط الشرع وجوده عند العقد ، ثم الانقطاع الذى يفسد العقد أن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وإن كان يوجد فى البيوت . ذكره أبو بكر الثلجى وتواردوا عليه . وفى مبسوط أبى الليث : لو انقطع فى إقليم دون إقليم لايصح السلم فى الإقليم الذى لا يوجد لأنه لا يتحصل إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم ، حتى لو أسلم فى الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل) أى حلول الأجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ، إن شاء فسخ ، وإن شاء انتظر وجوده) وقال زفر : يبطل العقد وهو قول الشافعى ورواية عن الكرخى للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض فى المبيع المعين ، فإن الشىء كما لا يثبت فى غير محله لا يبقى عند فواته ، كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا . ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (عن شرك الزوال) فيتخير المشترى (كما لو أبق المبيع قبل القبض) وهذا لأن المعقود

أجيب بأن وجوده كالنصاب ووجوده لا ككماله ، ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك (قوله ولو انقطع بعد المحل) يعنى أسلم فى موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ، ورب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء انتظر وجوده (لأن السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض) فى بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم ، فإن المعقود عليه فى السلم هو الدين الثابت فى الذمة وهو

قال (ويجوز السلم فى السمك المـالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت[٤] . قال(ولا خير فى السلم فى السمك الطرى إلا فى حينه[٤] وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه ينقطع فى زمان الشتاء . حتى لو كان فى بلد لاينقطع يجوز مطلقا . وإنما يجوز وزنا لاعددا لما ذكرنا . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لايجوز فى لحم الكبار منها وهى التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم[٥] عند أبى حنيفة .

عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهى باقية فيبقى الدين ببقاء محله ، وإنما تأخر التسليم إذا كان وجوده مرجوا . بخلاف المبيع العين فإن بهلاكه يفوت محل العقد . وكذا الفلوس إذا كسدت فإنها وإن كانت فى الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هى أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ، ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره فى الوجود . بخلاف مانحن فيه لأن لإدراك الزرع والثمار أوانا معلوما ، وكذا لغيرها أوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم فى السمك المـالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بأن يقول بورى أو راى . وفى أسماك الإسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لأنه) حينئذ (معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسلم ، ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت) فى التحفة : وأما الصغار فيجوز فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطرى والمـالح . وفى المغرب : سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذى فيه الملح ، ولا يقال مالح إلا فى لغة رديئة . قال بعض الشارحين : لكن قال الشاعر :

بصرية تزوجت بصريا   أطعمها المـالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء ، وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس بردىء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لاينافى قول المغرب إلا فى لغة رديئة ، وليس لهذا الاستدراك فائدة . بل قال ابن دريد ملح ومليح ، ولا يلتفت إلى قول الراجز » أطعمها المـالح والطريا « ذاك مولد لايؤخذ بلغته . وأما الطرى فيجوز حين وجوده وزنا أيضا ، فإذا كان ينقطع فى بعض السنة كما قيل إنه ينقطع فى الشتاء فى بعض البلاد فلا ينعقد فى الشتاء . ولو أسلم فى الصيف وجب أن يكون منتهى الأجل لايبلغ الشتاء ، وهذا معنى قول محمد : لاخير فى السلم

باق ببقائها كالعبد الآبق . وفى قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع فى العجز عن التسليم وفى ذلك يبطل البيع فكذلك هاهنا . ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لايكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا . قال (ويجوز السلم فى السمك المـالح الخ) السلم فى السمك لايجوز عددا طريا كان أو مالحا للتفاوت ، ووزنا إما أن يكون فى المـالح أو الطرى ، فإن كان فى المـالح جاز فى ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه . وإن كان فى الطرى إن كان فى حينه جاز كذلك ، وإن كان فى غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان فى بلد لاينقطع جاز . وروى عن أبى حنيفة أنه لايجوز فى لحم الكبار التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم فى الاختلاف بالسمن والهزال . ووجه الرواية الأخرى أن السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار . قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا فى لغة رديئة وهو المقدد الذى فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز :

بصرية تزوجت بصريا   يطعمها المـالح والطريا

قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل . ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل ، بخلاف لحم الطيور لأنه لايمكن وصف موضع منه . وله أنه مجهول للتفاوت فى قلة العظم وكثرته أو فى سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة . وفى مخلوع العظم لايجوز على

فىالسمك الطرى إلا فى حينه : يعنى أن يكون السلم مع شروطه فى حينه كى لاينقطع بين العقد والحلول ، وإن كان فى بلد لاينقطع جاز مطلقا وزنا لاعددا لما ذكرنا من التفاوت فى آحاده . وعن أبى حنيفة فى الكبار التى تقطع كما يقطع اللحم لايجوز السلم فى لحمها اعتبارا بالسلم فى اللحم فإنه يمنع السلم فى اللحم . وعن أبى يوسف منع السلم فى الكبار وزنا مع إجازته فى اللحم فإن هناك يمكن إعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى فى السمك ذلك . وطعن بعضهم على محمد فى قوله فى حينه لأن الاصطياد يتحقق فى كل حين مدفوع ، فإن الانقطاع عدم الوجود فى بعض البلاد وفى بعض السنة وهو لايستلزم عدم الاصطياد ليرد ماذكره (قوله ولا خير فى السلم فى اللحم) وهذه العبارة تأكيد فى نفى الجواز كقوله لاخير فى استقراض الخبز ، وقول من قال إن المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأى تحرزا عن القطع فى حكم الله تعالى بالرأى بعيد ، فكل الأحكام القياسية المظنونة معبر عنها فى الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا ، وكلها من هذا القبيل لأنه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات ، وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله فى حقه ذلك (وقالا : إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا وخصيا وسمينا بعد أن بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثنى ومن الفخذ الكتف أو الجنب مائة رطل . وفى الحقائق والعيون الفتوى على قولهما ، وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم . وقد قيل لاخلاف ، فمنع أبى حنيفة فيما إذا أطلقا السلم فى اللحم وقولهما إذا بينا ماذكرناه . ووجهه أنه موزون فى عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف . وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائز الاستقراض ، وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه فى سائر الأقطار قاطع فيه ، وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمى موضعا ومعلوم أنه فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم ، ولأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى فى التمر ولذا جاز السلم فى الألية مع أنها لاتخلو من عظم والسلم فيها وفى الشحم بالإجماع (بخلاف لحم الطيور لأنه لايمكن وصف موضع منه) لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر فى منعه مطلقا .

لأنه مولد لايؤخذ بلغته . قال الإمام الزرنوجى : كفى بذلك حجة للفقهاء . قال (ولا خير فى السلم فى اللحم) خير نكرة وقعت فى سياق النفى فتفيد نفى أنواع الخير بعمومه ، ومعناه لايجوز على وجه المبالغة . قال أبو حنيفة : لايجوز السلم فى اللحم ، وقالا : إذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل . فإن قيل : لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم . أجاب بقوله لأنه لايمكن وصف موضع منه ، وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه ، وفى تعليله تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم فى لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره . ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لاتقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم فى المنقطع والسلم فى مثله غير جائز عندهم اتفاقا وإن ذكر الوزن ، فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل ، لأن مايقع من التفاوت فى اللحم بسبب العظم فى الطيور تفاوت لايعتبره الناس كعظم

الوجه الثانى وهو الأصح . والتضمين بالمثل ممنوع . وكذا الاستقراض . وبعد التسلم فالمثل أعدل من القيمة ، ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به فى وقته . أما الوصف فلا يكتفى به

وحاصل الكلام فيه أن مالا يصطاد من الطيور لايجوز السلم فيه ولا فى لحمه ؛ وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز ، وعنده لايجوز . وقيل يجوز عند الكل لأن مافيه من العظم لايعتبره الناس وهو الصحيح . فيجب أن يكون محمل ما فى الكتاب من المنع مطلقا فى مخلوع العظم . فإن العلة حينئذ ثابتة . ثم يجب أنه إذا أسلم فى مائة رطل من لحم الدجاج مثلا أن يعين الموضع بعد كونه بعظم . فإن من الناس من لايحب الصدر منها فيقول أوراكا أو غير الصدر أوينص على صدرها وأوراكها . فإن أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لايجوز للمنازعة بسبب ماذكرنا لاختلاف أغراض الناس . ولأبى حنيفة رضى الله عنه وجهان : أحدهما أنه يقع سلما فى المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته . بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم إهداره بين الناس . ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره . وقولهما إذا سمى موضعا كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم . قلت : للمشاهد فى بيع اللحم حالا بعظمه جريان المماكسة بين البائع والمشترى فى العظم ، حتى أن للمشترى يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه . فكيف فى المؤجل المستأخر التسليم ، وعلى هذا الوجه يجوز السلم فى مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه . ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا . فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الأجل فى فصل الهزال . وحاصل هذا الوجه أنه سلم فى المنقطع وعلى هذا لايجوز فى مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه . قال المصنف (وهو الأصح) لأن الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع إحداهما كما يثبت معهما . وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر فى باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لايسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم . قيل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم إلا هنا من الجامع الكبير . لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المنتقى أن أبا يوسف روى عن أبى حنيفة : إذا استهلك لحما قال عليه قيمته ، وحل عبارة المصنف (أن القبض) أى قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله به) أى بالمقبوض . أما السلم فليس فيه مقبوض معين بل مجرد وصف فلا يكتفى به إلى آخر ماذكرنا وكذا الاستقراض وزنا أيضا ممنوع بل ذاك مذهبهما ، وبعد التسليم : أى تسليم أن ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الإسبيجابى أنه يضمن بالمثل إلا أن ينقطع من أيدى الناس ، وهو الوجه لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة فى الضمان منصوص عليها . وتمام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى .

= فيه مقبوض معين بل مجرد و

السمك وإليه مال شيخ الإسلام ، وهذا يقوى وجه التأمل . ولأبى حنيفة طريقان : أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم ، فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ؛ ألا ترى أنه تجرى المماكسة بين البائع والمشترى فى ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن ، وهذا يقتضى جوازه فى منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع . والثانى أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ، ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة ، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلإ وكثرته والسلم لايكون إلا مؤجلا ، ولا يدرى أنه عند المحل على أى صفة يكون ، وهذه الجهالة مفضية إلى النزاع ولاترتفع بالوصف ، وهذا يقتضى عدم جوازه فى مخلوع العظم وهذا هو الأصح (قوله والتضمين بالمثل) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع ، وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية

قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلا) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز حالا لإطلاق الحديث ورخص فى السلم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » فيما روينا . ولأنه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم .

أما القيمة فمثل معنى فقط لأن الموجب الأصلى رد العين والمثل أقرب إلى العين ، بخلاف القيمة . وكذا بتقدير تسليم استقراضه . فالفرق بين السلم والقرض أن القبض فى القرض معاين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانيا بالأول . أما السلم فإنما يقع على الموصوف فى الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل ، وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفى به : أى لا يكتفى بالوصف فى معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولا والمقبوض ثانيا . ولما أهدر الشارع فى باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمى نوع متفاضلا وإن اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع (قوله ولا يجوز السلم إلا مؤجلا) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعى رحمه الله : يجوز السلم الحال) بأن يقول مثلا : أسلمت هذه العشرة فى كر حنطة صفتها كذا وكذا إلى آخر الشروط . وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لإطلاق النص) وهو قوله (ورخص فى السلم) والظاهر أنهم لا يستدلون به لأنهم أهل حديث . وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل فى اشتراط الأجل فوجب نفيه ، وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الأجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التى هو شرط جواز العقد وهى ثابتة ، والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والفرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ،

الصورة والمعنى . والقبض يعاين : يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ، ولا تفضى الجهالة به إلى المنازعة ، والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع الجهالة فلا يكتفى به . قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلا) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى : استدل بإطلاق رخص فى السلم . لا يقال : مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » لما نذكره . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر . فإن قيل : معناه من أراد سلما مؤجلا فليسلم إلى أجل معلوم وبه نقول ، والحصر ممنوع . وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق . والدليل على ذلك قوله « فى كيل معلوم ووزن معلوم » فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن فى شىء واحد فكان معناه فى كيل معلوم إن كان كيليا ووزن معلوم إن كان وزنيا ، فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلا . فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير لأنه خلاف الأصل . سلمناه ، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ، ولا ضرورة فى التقدير فى الأجل . لا يقال : العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لأجله ، لأن قوله رخص فى السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهى إنما تكون لضرورة ولا ضرورة فى السلم الحال . على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل ، ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان ، وما شرع لذلك

(قوله فيحمل على المقيد الخ) أقول : على ما هو مذهب الشافعى (قوله لما نذكره) أقول : إشارة إلى ما يذكره فى حيز فإن قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد (قوله لأن قوله رخص فى السلم الخ) أقول : وأيضا العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ، ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين .

ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخّص فبقى على النافى . قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) لما روّينا . ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما فى البيع . والأجل أدناه شهر/ على الثانى وهو قول صفر الله عليه ولا شيء ماليس عنده

ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل فى يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال . بخلاف الكتابة الحالة فإن العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل فى ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة . وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم فى شيء فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » فليس معناه الأمر بالتأجيل فى السلم فيمنع الحال ، بل معناه : من أسلم فى مكيل فليسلم فى مكيل معلوم أو فى موزون فليسلم فى موزون معلوم أو إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم ، لأنه لو لم يكن كذلك لكان أيضا أمرا بأن يكون السلم فى مكيل أو موزون فلم يجز فى المعدود والمذروع لأن النسق فى الفصول الثلاثة واحد . ونحن نقول : لا شك أن أهل الإجماع قاطبة فى إخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين إلى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل فلا يجوز فى غيره . وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيح فى حقه . ولما كان جوازه للحاجة وهى باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر فى قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الأجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معلوما من عند المسلم إليه حقيقة أو موجودا قادرا هو عليه ، فقول المصنف (ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الأجل . والله تعالى أعلم . وقولهم : الغرر فى السلم الحالّ أقل منه فى المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئا : أعنى بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض فى الحال ، فإن الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهى منتفية فى السلم الحالّ (قوله والأجل أدناه شهر إلى آخره) فى التحفة : لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم فى المبسوط فى مقدار الأجل . واختلفت الروايات عنهم . والأصح ما روى عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل . وقال الصدر الشهيد : الصحيح ما روى عن الكرخى أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه ، وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه ، وكذا ما عن الكرخى من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس فى تأجيل مثله ، كل هذا تنفتح فيه المنازعات ، بخلاف المقدار المعين من الزمان . وفى الإيضاح : فإن قدرا نصف يوم جاز ، وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة ، فأما أدناه فغير مقدر انتهى . والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبى جعفر أحمد بن أبى عمران أستاذ الطحاوى . وصحح المصنف الأول لأنه مروىّ عن محمد ، ولأنه مأخوذ من مسئلة اليمين وهى ما إذا حلف ليقضينّ دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برّ فى يمينه فكان مادون الشهر

لابد وأن يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس وإلا لم يكن مفيدا لما شرع له ، والسلم الحالّ ليس كذلك ، لأن دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم إليه فيه إما أن يكون قادرا على التسليم فى الحال أولا ، فإن كان الأول فلا حاجة فلا دفعُ فلا مرخص فبقى على النافى ، وإن كان الثانى فلا بد من الأجل ليحصل فيسلم وإلا أدى إلى النزاع المخرج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض . فإن قيل : لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز ممن عنده أكرار حنطة . أجيب بأن السلم لا يكون إلا بأدنى الثمنين وهو دليل على العدم ، وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدالّ عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة كما فى رخصة المسافر . قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل فى السلم لابد من كونه معلوما بما روينا ، وبالمعقول وهو أن الجهالة مفضية إلى المنازعة كما

وقيل ثلاثة أيام ، وقيل أكثر من نصف يوم . والأول أصح (١) (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدى إلى المنازعة وقد مرّ من قبل ، ولابد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا ، فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزّنبيل والجراب لايجوز للمنازعة إلا فى قِرَب الماء للتعامل فيه ، كذا روى عن أبى يوسف رحمه الله . قال (ولا فى طعام قرية بعينها) أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار

فى حكم العاجل ، فالشهر وما فوقه آجل ، قالوا : وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه إذا كان لايعرف مقداره) أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع ، وإنما لايجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء . قال (وقد مرّ من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بإناء بعينه لايعرف مقداره وبوزن حجر بعينه ، إلى أن قال : بخلاف السلم إلى آخره . وقد روى عن أبى حنيفة أنه لايجوز أيضا فى بيع العين بالعين لأنه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة ، وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما . والصحيح الأول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا بيع مجازفة ، ثم لابد (أن يكون المكيال مما لاينقبض وينبسط كالقصاع) والحديد والخزف (فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لايجوز للمنازعة) عند التسليم (إلا فى قرب الماء فيما روى عن أبى يوسف للتعامل فيه) فإنه أجازه ، وهو أن يشترى من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع ، ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لايجوز إذا عين هذه القربة ، والله أعلم ولكن بمقدارها . والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضا (قوله ولا فى طعام قرية بعينها) كحنطة بلدة الفهميين والمحلة ببلاد مصر (أو ثمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لأنه قد يعتريه آفة فتنتفى قدرة التسليم) قال المصنف (وإليه أشار رسول الله

فى البيع ؛ فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه فى بعيدها . واختلف فى أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الأيمان . حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برّ فى يمينه ، فإذا كان مادون الشهر فى حكم العاجل كان الشهر وما فوقه فى حكم الآجل ، وقيل ثلاثة أيام ، وهو ماذكره أحمد بن أبى عمران البغدادى أستاذ الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بخيار الشرط ، وليس بصحيح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة ، فأما أدناه فغير مقدر ، وقيل أكثر من نصف يوم لأن المعجل ماكان مقبوضا فى المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف يوم ، وبه قال أبو بكر الرازى ، والأول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الأيمان . قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه) لايصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم فى السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفضى إلى المنازعة ، ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الإناء المجهول القدر يدا بيد لابأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة ، وقد مر : يعنى فى أول البيوع أن البيع يدا بيد بمكيال لايعرف مقداره يجوز لأن القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك ، لكن لابد أن يكون المكيال مما لاينقبض ولا ينبسط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها ؛ أما إذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاى لأن فعيلا بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فإنه لايجوز لإفضائه إلى المنازعة إلا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن فى قرب الماء وهو أن يشترى من سقاء كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل . قال (و لا فى طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها) لأن انقطاعه عن أيدى الناس بعروض آفة موهوم (فتنتفى القدرة على التسليم)

عليه الصلاة والسلام حيث قال « أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لابأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة .

صلى الله عليه وسلم بقوله « أرأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه ») فإن معنى هذا أنه لايستحق بهذا البيع ثمنا إن لم يخرج هذا البستان شيئا فكان فى بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح . بخلاف ما إذا أسلم فى حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لاينبت فى الإقليم برمته شىء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز ، فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده فى السلم أو فى البيع مطلقا . والواقع أن معناه ورد فى السلم وفى البيع ، أما فى السلم فما قدمناه من حديث أبى داود وابن ماجه فى الذى أسلم فى تلك الحديقة النخل فلم يطلع شىء فأراد المسلم إليه أن يمنعه الثمن الذى كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة ، حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « أخذمن نخلك شيئا ؟ قال لا ، قال ، بم تستحل ماله ؟ اردد عليه ماأخذت منه » الحديث . وأما ما فى مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » فيصدق على كل من السلم والبيع ، ويمكن أن يكون دليلا على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضا . وفى الصحيحين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا ؟ » (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (لبيان الصفة) لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشمراني والبساخي) ببخارى وهى قرية حنطتها جيدة (بفرغانة لا بأس به) ولأنه لايراد خصوص النابت هناك ، بل الإقليم ، ولايتوهم انقطاع الحنطة هناك لأنه إقليم ، وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولايتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله . فالسلم فيه وفى طعام العراق والشام سواء ، وكذا فى ديار مصر فى قمح الصعيد . والذى فى الخلاصة وذكر معناه فى المجتبى وفى غيره : لو أسلم فى حنطة بخارى أوحنطة سمرقند أو إسبيجاب لايجوز لتوهم انقطاعه . ولو أسلم فى حنطة هراة لايجوز ، وفى ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذ الإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم فى موهوم الانقطاع ، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ، ولذا لو أتى المسلم إليه فى ثوب هروى بثوب نسج فى غير ولاية هراة من جنس الهروى : يعنى من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله ، فظهر أن المانع والمقتضى العرف ، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا يبينه ما فى الخلاصة قال : لو كان ذكر النسبة لا لتعيين المكان كالخشمراني فإنه يذكر لبيان الجودة لايفسد

أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم فى ثمر فلان « أما من ثمر حائط فلان فلا ، أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » ولا خفاء فى كونه منه عليه الصلاة والسلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز فى ثمرة قرية بعينها . وقوله مال أخيه أراد به رأس المال : أى لو لم تحصل الثمرة فبأى طريق يحل رأس المال للمسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة : أى لبيان أن صفة تلك الحنطة التى هى المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة جاز العقد ، فإن تعيين الخشمراني ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس إلا ، بل باعتبار أن صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمراني ، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم فى حنطة من حنطة هراة وبين ما إذا أسلم فى ثوب هروى فى جواز الثانى دون الأول ، فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان ، فإن الثوب الهروى ماينسج على صفة معلومة

(ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط : جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو ردىء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والأصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود

السلم ، وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم وإلا لا ، أما السلم فى الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك فى جوازه . وفى شرح الطحاوى : لو أسلم فى حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة فى الحال ، وكونها موجودة فى وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبى حنيفة رضى الله عنه إلا بسبع شرائط) تذكر فى العقد . وأما عندهما فهى الخمس الأولى . ولا شك أن للسلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها فى العقد بل وجودها . وشرائط جمع شريطة ؛ فقول بعضهم فى بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطا وسبع على تقديرها شريطة وكل وارد على اعتبار خاص ، والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور سبع شرائط (جنس معلوم كحنطة شعير ونوع معلوم كسقية) وهى ما يسقى سيحا (أو بخسية) وهى ما يسقى بالمطر ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالبا (وصفة معلومة كجيد ردىء) وسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم) فهذه أربعة تشترط فى كل من رأس المال والمسلم فيه فهى ثمانية بالتفصيل ، فإن مايجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس ، فإن النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والأصل فيه : أى فى اشتراط هذه الخمسة ما روينا : يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم » الحديث . نص على شرطى القدر المعلوم والأجل المعلوم ، وثبت باقى الخمسة بالدلالة لظهور إرادة الضبط المنافى للمنازعة . وقوله (والفقه فيه مابينا) يعنى قوله ولأن الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعنى تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه ، وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة ، وهذا الشرط فى قدره احترازا عما إذا كان ثوبا لأن الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره ، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط ، ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ، ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيئا من الثمن ، والمسلم

فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هرويا . وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة فى غير هراة أجبر رب السلم على القبول ، بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة مانبتت بأرض هراة والنابت فى غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالأول . قال (ولا يصح السلم عند أبى حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبى حنيفة رحمه الله . وعندهما على خمسة ، فأما المتفق عليه فهو أن يكون فى جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم سقية أو بخسية ، والبخسى خلاف السقى منسوب إلى البخس ، وهى الأرض التى تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء ، وصفة معلومة جيدة أو رديئة ، ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف أو عشرين رطلا ، وأجل معلوم . والأصل فى ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم » الخ ، ومن المعنى الفقهى ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع ، فأما المختلف فيه (فمعرفة مقدار رأس المال إن كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود)

(وتسمية المكان الذى يوفيه فيه إذا كان له حَمل ومُؤنة[٩]) وقالا : لايحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا[١] ولا إلى مكان التسليم ويسلمه فى موضع العقد . فهاتان مسئلتان . ولهما[٢] فى الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن[٤] والأجرة وصار كالثوب[٥] . ولأبى حنيفة أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل فى المجلس . فلو لم يعلم قدره لايدرى فى كم بقى أو ربما لايقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى ردّ رأس المال . والموهوم فى هذا العقد كالمتحقق

فيه لاينقسم على عدد الذرعان ليشترط إعلامه لأن الأوصاف لايقابلها شىء فجهالة قدر الذرعان لاتؤدى إلى جهالة المسلم فيه . وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدى إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد . وهذا شرط فى المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا . والثانى عشر تسمية مكان الإيفاء وهو يخص المسلم فيه . والثالث عشر أن أن لايشمل البدلين إحدى علتى الربا لأن انفراد أحدهما يحرم النساء وأن لايكون فيه خيار الشرط . والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم فى الدراهم والدنانير وتقدم . وفى التبر روايتان . والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبى حنيفة . كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل إعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذى يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة) أى إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه لثقله (وقالا : لايحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه فى موضع العقد . فهاتان مسئلتان) خلافيتان بينه وبينهما (لهما فى الأولى) وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعى فى قول إن المقصود من إعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالإشارة) إلى العين الثمن المعجل فأغنى عن إعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل . والأجرة المعجلة فى الإجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فإنه جائز وكرأس المال الذى لاينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فإنه لايشترط فيه إعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله . ما روى عن ابن عمر أنه قال به ، وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس : والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ، ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤد إليه ،

وتسمية المكان الذى يوفيه فيه إذا كان له حمل) بفتح الحاء (ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج فى حمله إلى ظهر أو أجرة حمال ، فهذان شرطان لصحته عند أبى حنيفة ، وهو المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما خلافا لهما . قالا فى المسئلة الأولى : إن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة : يعنى إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة فى الإجارة وأشير إليهما جازو إن لم يعرف مقدارهما ، فكذا ينبغى أن يكتفى بالإشارة فى رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما إذا كان رأس المال ثوبا فإن الإشارة فيه تكفى اتفاقا وإن لم يعرف ذرعانه . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل فى المجلس ، فلو لم يعلم قدره لايدرى فى كم بقى ، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا ، وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله فى مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده ، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لايعلم فى كم انتقض السلم أو فى كم بقى وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها . وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده ، وهو أن المسلم إليه (قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك . فإن قيل : ذلك أمر موهوم لامعتبر به فيما بنى على الرخص . أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم فى هذا العقد كالمتحقق)

لشرعه مع المنافى . بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه لايتعلق العقد على مقداره .

وما يؤدى إلى الممتنع شرعا ممتنع شرعا . بيان تأديته إليه أنه ربما ينفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده ، وقد يكون أكثر رأس المال زيوفا فإنه إذا رده واستبدل بها فى المجلس يفسد السلم عند أبى حنيفة لأنه لايجيز الاستبدال فى أكثر من النصف خلافا لهما ، وقد لايتفق الاستبدال بها فى مجلس الرد فينفسخ العقد فى مقدار ذلك ، فإذا لم يكن قدر المكيل معلوما لم يدر فى كم انتقض وفى كم بقى فيصير المسلم فيه مجهول المقدار . وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا ، وهذا وإن كان موهوما فالموهوم فى هذا العقد له حكم المعلوم (لشرعه مع المنافى) وهو كون المبيع معدوما فإن مايشرع لذلك يكون ضعيفا فى الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور ، وهذا فى الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم («أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه؟») (بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فإذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لايقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ، ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجعول رأس مال مخرقا وسمى عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم إليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لاينتقص من المسلم فيه شىء ، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضى به بكل المسلم فيه ، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه . واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فإن فى وجود الزيف احتمالا ، ثم اختيار الرد كذلك ، ثم عدم الاستبدال به فى مجلس الرد فيه أيضا ذلك ، والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فإن المعتبر فيه الشبهة لاغير وهو احتمال أن لاتخرج الثمرة . أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فإن الكل مبنى على وجود الزيف ، وتارة بأن السؤال فاسد لأن الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة ، وليس هذا كذلك وإنما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر فى وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ، ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم فى هذا العقد إجماعنا على أنه لايصح السلم بمكيال رجل

(لشرعه مع المنافى) إذ القياس يخالفه ؛ ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهالة لاسيما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثر من نصف يوم . فإن قيل : فى هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لايكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لايرد ، وبعد الرد ترك الاستبدال فى مجلس الرد أيضا محتمل ، والمعتبر هى دون النازل عنها . فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذاك ؛ وقيل بل هذه شبهة واحدة لأن كلا منهما مبنى على وجوده زيفا والأول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب . وتقريره أن الثوب لايتعلق العقد على مقداره (لأن الذرع) فى الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ، ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم ، وليس كلامنا فى ذلك ، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ، ولم يجب عن الثمن والأجرة لأن دليله تضمن ذلك ، فإن البيع والإجارة لاينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال فى مجلس الرد . ومن فروع الاختلاف فى معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة فى كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما . وعندهما يجوز لأن الإشارة إلى العين تكفى لجواز العقد وقد وجدت ، أو أسلم دراهم ودنانير فى كر حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لايجوز عنده لأن مقدار

ومن فروعه إذا أسلم فى جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما ، أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما . ولهما فى الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم . ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان فى الأوامر فصار كالقرض والغصب .

بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول . قال المصنف (ومن فروعه) أى من فروع الخلاف فى معرفة قدر رأس المال (إذا أسلم فى جنسين) ككر حنطة وكر شعير عشرة مثلا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودراهم فى جنس واحد كبر أو أسلم تمرا وحنطة معينين فى كذا منا من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعنى عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد فى حصة ما لم يعلم قدره فيبطل فى الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا . ولهما فى) المسئلة (الثانية) وهى اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (أن مكان العقد يتعين) للإيفاء (لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره . وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق : فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره . فإن تغيير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله ، وصار كانصرافه إلى غالب نقد البلد مالم يسميا نقدا غيره فينصرف إليه ويلحق بالثمن فإن العقد يقتضيهما معا ، فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن فى مكان العقد وجب فى الآخر كذلك وصار المكان كالزمان الذى هو أول أوقات الإمكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو للأداء على قول الكرخى فى الأمر المطلق ، وتقريره أن التسليم يحتاج إلى مكان وهذا المكان لا يزاحمه فيه غيره فيتعين كأول أوقات الإمكان ، وإلحاقا أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم فى مكان الغصب والقرض والاستهلاك . ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينتقض بما إذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله إلى منزله فيفسد سواء اشتراه فى المصر أو خارجه . أجيب بالفرق بأن المشترى يملك العين بمجرد شرائها ، فإذا شرط حملا فقد شرط عملا فى ملكه مع الشراء ثم سمى الثمن فى مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستأجرا معا فهو صفقة فى صفقة فيفسد . أما عقد السلم فلا يملك المشترى به العين لأن المعقود عليه دين لا عين ، فإنما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان إلى آخر عمل من البائع فى ملكه نفسه فلا يكون بائعا وآجرا . وأورد أيضا فى الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه ، فإنه قال فى رجل باع طعاما والطعام فى السواد إن كان المشترى يعلم مكانه فلا خيار له ، وإن لم يعلم

أحدهما إذا كان مجهولا بطل العقد فى حصته لعدم شرط الجواز فى حصته فيبطل فى حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر ، وعندهما يجوز لوجود الإشارة . وقالا فى المسئلة الثانية : إن مكان العقد يتعين للإيفاء لأن العقد الموجب للتسليم وجد فيه ، وما كان كذلك يتعين كما فى بيع حنطة بعينها فإن التسليم يجب فى موضع العقد ، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الإمكان فى الأوامر : فإن الجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه ، وقد عرف فى موضعه وصار كالقرض والغصب فى تعين مكانهما للتسليم : ونوقض بما إذا باع طعاما وهو فى السواد ، فإنه روى عن محمد رحمه الله أن المشترى إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له ، وإن لم يعلم فله الخيار ، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار : وعورض بأن مكان

(قوله لأن العقد الموجب ، إلى قوله : ولأنه لا يزاحمه) أقول : والظاهر عندى أن المجموع دليل واحد للمدعى ، إذ لا يتم أحدهما إلا بالآخر فليتدبر .

ولأبى حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين ، بخلاف القرض والغصب ، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى إلى المنازعة . لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان، وصار كجهالة الصفة .

فله الخيار . ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ، ثم قيل : إنما يجوز البيع إذا كانت خوابى الحنطة فى بيت واحد ، فإن كانت فى مصر وسواد فالبيع فاسد لإفضائه إلى المنازعة لأن المشترى يطالبه بالتسليم فى أقرب الأماكن والبائع يسلمه إليه فى الأبعد . وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين . أجاب بأنه إنما يتعين إذا كان المبيع حاضرا والمبيع فى السلم حاضر لأنه فى ذمة البائع وهو حاضر فى مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفى بيع العين إذا كان (ولأبى حنيفة أن التسليم) فى السلم (غير واجب فى الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فإن التسليم فيهما واجب فى الحال فيتعين مكان سبب الوجوب فى الحال ، وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فإنه يجب تسليمه فى الحال وتضمن منع ما قالا من أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه ، بل العقد يوجب التسليم فقط إلا إن اقتضى أمرا آخر تعيين مكانه (فإذا لم يتعين فالجهالة تفضى إلى المنازعة . لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لأن المسلم يطالبه بالتسليم فى مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم إليه على عكسه ، وبخلاف رأس المال لأن تسليمه واجب للحال فافترقا ، وإلحاقه بالأمر فى تعين أول الأوقات بلا جامع ، لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع إذ لا ملازمة تظهر ، وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى إذا حل الأجل وجب تسليمه فى ذلك المكان ، فالأولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان وإلحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن فى العين محل النزاع ، لأن أبا حنيفة فى الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا إذا كان مؤجلا ، وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف وبرأس مال السلم يمنع فيه حكم الأصل ، فإنا لا نعين مكان

العقد او تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما فى بيع العين ، فإن من اشترى كرّ حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله يفسد عقده اشتراها فى المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه . والجواب عن النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع حاضرا والمبيع فى السلم حاضر لأنه فى ذمة المسلم إليه وهو حاضر فى مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره ، وفيه نظر لأن فيه قيدا لم يذكر فى التعليل ومثله يعدّ انقطاعا . وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة ، فإذا جاء بصريح يخالفها يبطلها ، وإنما فسد فى بيع العين لأنه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة فى صفقة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن السلم تسليمه غير واجب فى الحال لاشتراط الأجل بالاتفاق ، وكل ما هو تسليمه غير واجب فى الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا ، بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه . قال أبو حنيفة : أرأيت لو عقدا عقد السلم فى السفينة فى لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الأجل ، هذا مما لا يقوله عاقل . وإذا ثبت أن مكان العقد لم يتعين للإيفاء بقى مكان الإيفاء مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن وربّ السلم يطالبه فى موضع يكثر فيه السلم والمسلم إليه يسلمه فى خلاف ذلك فصار

(قوله قال أرأيت لو عقدا عقد السلم الخ) أقول : ناظر إلى قوله (ولأبى حنيفة يعنى قال ولأبى حنيفة أرأيت الخ) .

وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله إن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة. وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما . وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة ، وصورتها إذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة . وقيل لايشترط ذلك فى الثمن . والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلا ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله . وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء . قال (وما لم يكن له حمل ومؤنة لايحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع)

العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفى الكالئ بالكالئ . فلو عقدا السلم ومشيا فرسخا ثم سلمه إليه قبل أن يفارقه جاز . وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه . قلنا : نعم ولا يستلزم الموجب فى مكان أن يوجب مقتضاه فى ذلك المكان فإنه لاملازمة عقلية فى ذلك لأنه يجوز أن يوجد فى مكان وأثره الإيجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة إلا سمعا (قوله وعن هذا) أى وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ : إن الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده ، كما لو اختلفا فى صفة الثمن أو المثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة ، فهو كما إذا اختلفا فى جودته ورداءته . وقيل على عكسه : أى لايوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه ، لأن تعيين المكان ليس قضية العقد عنده . وعندهما يتحالفان لأن تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالإجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) فى البيع الناجز إذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل فى بيع العين (والأجرة) بأن استأجر دارا مثلا بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما (إذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة . وقيل لايشترط ذلك فى الثمن) بالإجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (إذا كان موجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى . وعندهما يتعين مكان الدار) فى القسمة (ومكان تسليم الدابة) فى الإجارة (للإيفاء) (قوله وما لم يكن له حمل ومؤنة)

---

(١) كجهالة الصفة فى اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان (وعن هذا) أى عما ذكرنا أن جهالة المكان كجهالة الوصف (قال : من قال من المشايخ إن الاختلاف فى المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف فى الجودة والرداءة فى أحد البدلين (وقيل على عكسه) أى لايوجب التحالف عنده بل القول للمسلم إليه ، وعندهما يوجبه لأن تعين المكان قضية العقد : أى مقتضاه عندهما فكان الاختلاف فى المكان كالاختلاف فى نفس العقد ، وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الأجل ، والاختلاف فيه لايوجب التحالف ، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة . وصورة الثمن : اشترى شيئا بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده ، وعندهما لايشترط ويتعين مكان العقد . وقيل إنه لايشترط بالاتفاق ، والأول أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لأن الثمن مثل الأجرة وهى منصوص عليها فى كتاب الإجارات . وصورة الأجرة : استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده خلافا لهما ويتعين فى إجارة الدار مكانها ، وفى الدابة تسلم فى مكان تسليمها . وصورة القسمة : اقتسما دارا وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم فى مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوفا فى الذمة يشترط عنده بيان مكان الإيفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة . قال (وما لم يكن له حمل ومؤنة لايحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء الخ) وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة . وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذى لو أمر إنسانا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانا .

(١)

لأنه لاتختلف قيمته (ويوفيه فى المكان الذى أسلم فيه) قال رضى الله عنه : وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع . وذكر فى الإجارات أنه يوفيه فى أىّ مكان شاء ، وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء ، ولا وجوب فى الحال . ولو عينا مكانا ؛ قيل لايتعين لأنه لايفيد ، وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا .

كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ : يعنى القليل منه وإلا فقد يسلم فى أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا . وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لايشترط فيه بيان مكان الإيفاء عندهم وهو الأصح من قول الشافعى (ويوفيه فى المكان الذى أسلمه فيه) وكلما قلنا يتعين مكان العقد معناه إذا كان مما يتأتى التسليم فيه ومالا بأن أسلم إليه دراهما فى مركب فى البحر أو جبل فإنه يجب فى أقرب الأماكن التى يمكن فيها منه . قال المصنف(وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعنى من أصل المبسوط ، وذكر فى الإجارات من أصل المبسوط (يوفيه فى أى مكان شاء ، وهو الأصح) والأصح من قول الشافعى أيضا (لأن الأماكن كلهاسواء) إذ المالية لاتختلف باختلاف الأماكن فيما لاحمل له ولامؤنة ، بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها ، بخلاف ماله مؤنة فإن الحنطة والحطب يوجد فى المصر والسواد ثم يشترى فى المصر بأكثر مما يشترى فى السواد (ولو عينا مكانا ، قيل لايتعين لأنه لايفيد) والشرط الذى لايفيد لايجوز (وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الأصح ، وبه قال الشافعى وأحمد ، ذكره فى التحفة (ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعنى أن القيمة لاتختلف باختلاف المصر الواحد عادة . قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما ، فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لايجوز إلا أن يبين لأنه مفض إلى المنازعة ، ذكره فى المحيط . ولو شرط أن يوفيه فى مكان يحمله إلى منزله لا خير فيه . ولو شرط الحمل إلى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا . وروى البلخى عن أصحابنا أنه لايجوز السلم . وقيل إنما لايجوز قياسا إذا شرط الإيفاء فى موضع ثم الحمل إلى منزله . أما لو شرط الإيفاء فى منزله فيجوز قياسا واستحسانا . وفى بيع العين لو شرط على البائع فى المصر أن يوفيه إلى منزله والعقد فى مصر جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا ، وعند محمد لايجوز ، هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة ، فإن كان لايجوز البيع . ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيفما كان ؛ ولو شرط أن يوفيه فى مكان كذا فسلمه فى غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضا ، ولا يجوز

وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة . واتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء ؟ فيه روايتان (فى رواية الجامع الصغير وبيوع الأصل) يتعين لأنه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر فى الإجارات (يوفيه فى أىّ مكان شاء وهو الأصح ، لأن الأماكن كلها سواء) إذ المالية لاتختلف باختلاف الأماكن فيه (قوله ولا وجوب فى الحال) جواب عما يقال يجوز أن يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم فى الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره ، فلو عين مكانا قيل لايتعين لأنه لايفيد حيث لايلزم بنقله مؤنة ، ولا تختلف ماليته باختلاف الأمكنة : وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يفيد ربّ السلم سقوط خطر الطريق ، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأن المصر مع تباين أطرافه

---

(١) (قال المصنف : لا تختلف قيمته ويوفيه فى المكان الذى أسلم فيه) أقول : هذا لايلائم لما ذكره أبوحنيفة فى تعليل المسئلة الثانية فتأمل .

قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين ، وقد نهى النبيّ عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ . وإن كان عيناً[١] فلأن السلم أخذ عاجل بآجل ، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم : ولأنه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب[٢] المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ، ولهذا قلنا : لايصح السلم إذا كان فيه خيار

أخذ الكراء وإن شاء رده إليه ليسلمه فى المكان المشروط لأنه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا. تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما إذا كان) رأس المال (من النقود فلأنه) لو لم يقبض (افترقا عن دين بدين) لأنها لاتتعين فلا يقع العقد إلا على دين فى الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ) أى النسيئة بالنسيئة ، إلا أن مالكا رحمه الله يجيز التأخير ويقول : إذا لم يشرط التأجيل لايخرجه إلى الدين عرفا ، وبقولنا قال الشافعى وأحمد (وإن كان عينا) ففى القياس لايشترط تعجيله لأن عدم تسليمه لايؤدى إلى بيع دين بدين بل بيع عين بدين. وفى الاستحسان يشترط إعمالا لمقتضى الاسم الشرعى ، لأن الإسلام والإسلاف فى كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لأن وضعها فى الأصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذى اعتبر فيها لو فرضنا فرضا أنها صارت إعلاما فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر فى معناها من الأحكام فازم التعجيل (ولأنه لابد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) إليه إذ الفرض إفلاسه وحاجته إلى العقد لإفلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه إلى الأجل (و) لهذا : أى لاشتراط التسليم (قلنا : لايصح السلم إذا كان فيه خيار

كبقعة واحدة فيما ذكرنا من أنه لاتختلف قيمته باختلاف المحلة . وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثمن والأجرة والقسمة . وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما ، فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لأن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة . قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لايبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة إذا لم يقبض رأس المال فى مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا ، حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسخ مالم يتفرقا عن غير قبض ، فإذا افترقا كذلك فسد ، أما إذا كان رأس المال من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين ، وقد نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ : أى النسيئة بالنسيئة وإن كان عينا ، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل ، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل ، والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فإنها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة ، وهذا وجه الاستحسان ، والقياس جوازه ، لأن العروض تتعين فى العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد إلى بيع الدين بالدين ، بخلاف الدراهم ، ولأنه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب : أي ليتصرف المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أى ولاشتراط القبض (قلنا لايصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما ،

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثمن والأجرة والقسمة) أقول : لايخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فإذا افترقا كذلك) أقول : يعنى إذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا وجه الاستحسان) أقول : أشار بقوله هذا إلى قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل (قوله والقياس جوازه الخ) أقول : إذا كان رأس المال عينا(قال المصنف : ولأنه لابد من تسليم رأس المال) أقول : فى دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لايخفى . ثم اعلم أن قوله ولأنه لابد الخ فى قول الشارح معطوف على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل

الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم ، وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد ، بخلاف خيار العيب لأنه لايمنع تمام القبض ؛

الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم) الذى هو الملك ، وهذا على قول أبى حنيفة ظاهر . فإنه وإن خرج البدل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل فى ملك الآخر ، وعلى قولهما هو ملك متزلزل فإنه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لأن تمامه مبنى على تمام الملك فى المقبوض ؛ وهذا بخلاف الاستحقاق فإن رأس المال إذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز إجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وإن كان الاستحقاق يمنع الملك لأن منعه الملك ليس بقضية السبب ، بل السبب وجد مطلقا لامانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير ؛ فإذا أجاز التحقت الإجازة بحالة العقد ، بخلاف خيار الشرط فإن عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله فى حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالإبطال من عدم القبض ؛ وهذا لأن المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض . ولذا قلنا إن إعتاق المشترى لايصح ولا يتوقف إذا كان فى البيع خيار للبائع وإعتاق المشترى من الفضولى يتوقف (وكذا لايثبت فيه) أى فى السلم (خيار رؤية) بالإجماع (لأنه غير مفيد) إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين فى الذمة ، فإذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لأنه لم يرد عين ماتناوله العقد قد ينفسخ العقد برده بل يعود حقه فى مثله . ولأن إعلام الدين ليس إلا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية . ذكره فى الكافى . ولا يشكل بالاستصناع فإنه دين فى ذمة الصانع ويجرى فيه خيار الرؤية : يعنى إذا رد ما يأتى به ينفسخ لأنا لانسلم أن المبيع فيه الدين فى ذمة الصانع بل العين كما سيأتى ، وأما خيار الرؤية فى رأس المال فصحيح لأنه لايمنع ثبوت الملك ذكره فى التحفة ، وهذا إذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) فى المسلم فيه فإنه يصح (لأنه لايمنع تمام القبض) لأن تمامه بتمام الصفقة

لأن خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم) وهو ثبوت الملك والقبض مبنى عليه . وما كان مانعا من المبنى عليه فهو مانع عن المبنى ، وكذا لايثبت فى السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لأن فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين ، فلو رد المأخوذ عاد إلى ما فى ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا إلى مالايتناهى . فإذا لم يفد فائدته لايجوز إثباته وفى بيع العين يفيد فائدته لأن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع لأنه رد عين ماتناوله العقد فيفسخ . قيل فيه إشكالان : أحدهما أن الضمير فى قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه ، لاسبيل إلى الأول لأن خيار الرؤية ثابت فى رأس المال ، صرح به فى التحفة وقال : لايفسد به السلم ، ولا إلى الثانى لانتفاء التقريب لأنه فى بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق ، وثبوت الخيار فى المسلم فيه وعدمه لا مدخل له فى ذلك فكان أجنبيا . والثانى أن المبيع فى الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية . والجواب عن الأول أنه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ، ويجوز أن يعود إلى رأس المال وهو إن كان دينا فى الذمة يتسلسل ولا يفيد ، وإن كان عينا وجب أن لايفيد لإفضائه إلى التهمة . وعن الثانى أنا لانسلم أن المعقود عليه فى الاستصناع دين بل هو عين على ماسيجىء فى الاستصناع ، بخلاف خيار العيب لأنه لايمنع تمام القبض لأن تمامه بتمام الصفقة

(قوله لأن خيار الشرط يمنع ، إلى قوله : والقبض مبنى عليه الخ) أقول : فيه أنه حينئذ يكون مانعا عن القبض نفسه لا عن تمامه (قوله أحدهما أن الضمير فى قوله فيه) أقول : حيث قال : وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة) أقول : فيه بحث .

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر. وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعوها فى قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله[2]. فإن أسلم مائتى درهم فى كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم فى حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز فى حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ ، إذ السلم وقع صحيحا . ولهذا لو نقد رأس

وتمامهما بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافا لزفر) وإنما قيد بقيام رأس المال لأنهما لو أسقطاه بعد إنفاقه أو استهلاكه لايعود صحيحا اتفاقا لأنه بالإهلاك صار دينا فى ذمة المسلم إليه ، فلو صح كان برأس مال هو دين ، وذلك لايجوز كما لايجوز فى ابتداء العقد . ولأنه الآن فى معنى الابتداء . إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا . وقول الشافعى ومالك كقول زفر . (وقد مر نظيره) فى باب البيع الفاسد . . وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله[1] ينقلب جائزا عندنا خلافا له . قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها إلى آخره) فإعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تم خمسة ، ومن صفته أن يذكر من النقد الفلانى إذا كان فى البلد نقود مختلفة المالية متساوية فى الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية ، فإن لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أيها شاء ، ولو تفاوتت رواجا انصرف إلى غالب نقد البلد كما فى البيع ، وينبغى فى ديارنا إذا سمى مؤيدية يعطيه الأشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤيدية ، والاستواء فى المالية والرواج وإعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الإيفاء يتم أحد عشر ، وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع . فإن القدرة بالفعل فى الحال ليس هو شرطا عندنا ، ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لايبطل السلم وقد بقى ماقدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز فى النقود وأن لايكون حيوانا ، وانتقاد رأس المال إذا كان نقدا عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وأن لايشمل البدلين إحدى علتى الربا وعدم الخيار ، فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم . ثم فرع على اشتراط القبض فى السلم أنه لو أسلم مائتين فى كر حنطة (منها مائة دين على المسلم إليه ونقده مائة أن السلم فى حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) فى الكل خلافا لزفر رحمه الله . وجه قوله أنه فساد قوى لتمكنه فى صلب العقد . وأيضا فقد جعل قبول العقد فى صحة الدين شرطا لقبوله فى صحة النقد

وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد (ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو إما أن يكون رأس المال قائما أولا ، فإن كان الثانى لم يصح العقد بالإسقاط لأن ابتداءه برأس مال هو دين لايجوز فكذا إتمامه بإسقاط الخيار ، وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء . والجواب أنه اتفاق فالتشكيك فيه غير مسموع . وإن كان الأول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره ، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر . قال (وجملة الشروط جمعوها) جمع المشايخ جملة شروط السلم فى إعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفى تعجيله ، والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم ، وفى إعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر ، وفى تأجيله : يعنى إلى أجل معلوم ، وقد تقدم بيان مقداره ، وفى بيان مكان الإيفاء كما مر ، وفى القدرة على تحصيله وهو أن لاينقطع كما بينا (فإن أسلم مائتى درهم فى كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم فى حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد فى إحداهما إلى الدين لفوات القبض . ويجوز فى حصة النقد لاستجماع شرائطه ،

المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا . وهذا لأن الدين لايتعين فى البيع ؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لايبطل البيع فينعقد صحيحا .

فهذا شرط فاسد . ولنا أن الفساد طارئ . فلا يشيع فى غير محل المفسد ،أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقا بأن قال أسلمت إليك مائتين فى كذا ثم جعل إحداهما الدين فظاهر ، وأما إن أضاف إلى الدين والعين جميعا بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة فى كذا فكذلك ، وإن قيل يفسد فى الكل عند أبى حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول فى حصة الدين . والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لأن العقد لايتقيد بالدين ، ولو قيد به بدليل : من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا أن لادين لايبطل إلا إذا كان يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن . بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فإنه يشيع الفساد ، ولذا قيد المصنف كون المائة دينا على المسلم إليه لأن المائة على الأجنبى ليست مالا فى حقهما ، وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك ، بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة . ولهذا لو نقض المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول فى الفاسد شرطا إلى آخره إذ لم يلزم الفساد بالإضافة لفظا إلى الدين وكان الفساد طارئا بلا شبهة . وقال فى المنظومة :

إن كان رأس المال نوعين نقد هـذا ودين ذاك فالكل فسد
إن لم يبين قسط ذا وقسط ذا والبرّ فى الشعير والزيت كذا

فاستشكلت على مسئلة الكتاب فقيل : إنما قيد بالنوعين ، لأنه إذا كان من جنس واحد لايتعدى الفساد كما ذكر فى الهداية . واستشكاله صاحب الحواشى على قول أبى حنيفة لأن عنده إذا ورد العقد على شيئين وفسد فى أحدهما يفسد فى الآخر لأنه يصير قبول الفاسد شرطا إلى آخره ، قال : إلا أن هذا فى الفساد المقارن الذى تمكن فى صلب العقد لافى الطارئ ، وهذا طارئ لأن قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة ، أما العقد فى نفسه فصحيح. واستشكله الشيخ حافظ الدين فى المصفى بأن هذا يقتضى أن لايفسد فى النقد إذا كان رأس المال نوعين أيضا ، ثم قال : يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهى المسئلة التى قدمها المصنف تفريعا على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلق العقد على قدره ، فإذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى . وهوجيد مافرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال إلا أن على هذا لا حاجة إلى تقييد المنظومة بكون أحدهما دينا فإنه

ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا ؛ أما إذا أطلق ثم جعلا المائة من رأس المال قصاصا بالدين فلا إشكال فى طروّه ، كما لو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقى مبيعا بالحصة الطارئة ، وأما إذا أضاف إلى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح ، وهذا لأن النقود لاتتعين فى العقود إذا كانت عينا فكذا إذا كانت دينا فصار الإطلاق والتقييد سواء ؛ ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لايبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ . وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم إليه) لأن الدين على غيره يوجب

قال (ولا يجوز التصرف فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد . وأما الثانى فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز (ولا تجوز الشركة[١] والتولية[٢] فى المسلم فيه) لأنه تصرف فيه (فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » أى عند الفسخ .

لو كان عينين فسد فيهما لذلك أيضا (قوله ولا يجوز التصرف فى رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض : أما الأول) وهو رأس المال فإنما لايجوز للمسلم إليه التصرف قبل قبضه لما فى ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق (وأما الثانى) وهو المسلم فيه (فإنه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به . أما لو دفع المسلم إليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فإنه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فإنه جنس حقه فهو كترك بعض حقه وإسقاطه فى حق باب السلم ومن جنس القضاء فى حق المسلم إليه . وقول القدورى بعد ذلك (ولا تجوز الشركة و) لا (التولية) مع دخولهما فى عموم التصرف فى المسلم فيه لقرب وقوعهما فى المسلم فيه . بخلاف المرابحة والوضيعة فإنه غير معتاد ولأنه دين : وفى الوضيعة إضرار برب السلم فيبعد وجودها . بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فإنه قريب ؛ والشركة هى معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به . وقيل هو احتراز عن قول البعض إن التولية تجوز عنده فى بيع العين والسلم (قوله فإن تقايلا السلم لم يكن له) أى لرب السلم (أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ») أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » وهذا يقتضى أن لا يأخذ إلا هو . ورواه الترمذى وحسنه وقال : لا أعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه . وأخرجه الدارقطنى عن سعيد الجوهرى وعلى بن الحسين الدرهمى باللفظ المذكور وقال : اللفظ للدرهمى . وقال إبراهيم بن معيد : فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله ؛ وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفى ضعفه أحمد وغيره ، والترمذى يحسن

شيوع الفساد لأنها ليست بمال فى حقهما . قال (ولا يجوز التصرف فى رأس المال والمسلم فيه الخ) لايجوز التصرف فى رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احترازا عن الكالئ بالكالئ ، فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا فى المسلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز ، ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى ؛ فرأس المال إن كان مثليا جاز أن يبيع مرابحة ، وإن كان قيميا لايجوز إلا ممن عنده ذلك الثمن (ولا تجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر فى المسلم فيه (و) لا (التولية) وصورتها ظاهرة ، وإنما خصهما بالذكر بعد ما دخلا فى العموم لأنهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة . وقيل احتراز عن قول البعض إن التولية جائزة لأنها إقامة معروف فإنه يولى غيره ما تولى (فإن تقايلا السلم لم يكن لرب السلم أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضها كله لقوله صلى الله عليه وسلم « لاتأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ») يعنى حالة البقاء وعند الفسخ ،

(قوله لا يجوز التصرف فى رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم) أقول : يعنى أن القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » يعنى حالة البقاء وعند الفسخ) أقول : قوله حالة البقاء ناظر إلى قوله « إلا سلمك » وقوله عند الفسخ ناظر إلى قوله « أو رأس مالك » .

ولأنه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه . وهذا لأن الإقالة بيع جديد فى حق ثالث ، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله ، إلا أنه لايجب قبضه فى المجلس لأنه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه .

حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن : ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر . أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال «إذا أسلفت فى شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذى أسلفت فيه» . وأسند عن أبى الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا سلمك : يعنى حال قيام العقد أو رأس مالك : أى عند الفسخ . فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شبها بالمبيع (ب)سبب (أن الإقالة بيع جديد فى حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث . وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع إلى القبض ؛ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد إقالة البيع قبل القبض تبطل الإقالة ، وذلك غير ممكن هنا لأن بالإقالة يسقط المبيع لأنه دين لاعين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا . وأورد عليه : لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لأنها إقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الإقالة فى المجلس ولم يلزم بالإجماع ، فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعنى عقد الإقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترقا عن دين بدين ، وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالإقالة . ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير . وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له

وهذا نص فى ذلك (ولأنه أخذ شبها بالمبيع) (لأن الإقالة بيع جديد فى حق ثالث) وهو الشرع ، والبيع يقتضى وجود المعقود عليه والمسلم فيه لايصلح لذلك (لسقوطه) بالإقالة (ف)لا بد من (جعل رأس المال مبيعا) ليرد عليه العقد وإلا لكان مافرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه ، وإذا أمكن أن يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلأن يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى . وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لايتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال فى المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء : أجاب بقوله (لأنه) أى لأن عقد الإقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) لأنه بيع فى حق الكل والإقالة بيع فى حق ثالث لاغير ، وليس من ضرورة اشتراط القبض فى الأول اشتراطه فى الثانى بالضرورة ، فإن ثبت بالتنبيه وهو أن اشتراط القبض فى الابتداء كان للاحتراز عن الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض ، والتأمل يغنى عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه ، فالسؤال بوجوب قبضه لايرد ، لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا إلى كونه رأس المال وجوب قبضه ، ولو أبرز ذلك فى مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لايجوز قبضه : ولو بقى رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قواه فى أول الكتاب ويجوز بأى لسان كان سوى الفارسية وهى طريقة قوله :

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم بهن فلول من قراع الكتائب

(قوله فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول : وهو الإقالة (قوله لأن عقد الإقالة ليس فى حكم الابتداء من كل وجه لأنه بيع فى حق الكل) أقول : ضمير لأنه راجع إلى الابتداء (قوله وهى طريقة) أقول : ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة .

وفيه خلاف زفر رحمه الله . والحجة عليه ماذكرناه . قال (ومن أسلم فى كرّ حنطة فلما حلّ الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّا وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء[٢] لم يكن قضاء . وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز) لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبىّ عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان . وهذا هو محمل الحديث على ما مر

(وفيه خلاف زفر) أى فى منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم إليه بعد إقالة السلم . فعنده يجوز أن يشترى به ماشاء وهو القياس . لأنه بالإقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون . قال (والحجة عليه ما ذكرنا) من الأثر والمعنى فهو استحسان بالأثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم فى كر) وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه : والقفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف (فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّا وأمر ربّ السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقتضاه ربّ السلم بحقه بأن اكتاله مرة وحازه إليه لم يكن مقتضيا حقه . حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه ويطالبه ربّ السلم بحقه (وإن أمره أن يقبضه له) أى للمسلم إليه (ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له) أى رب السلم للمسلم إليه (ثم اكتاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشترى (وهذا هو محمل الحديث على مامر) فى الفصل الذى يلى باب المرابحة حيث قال المصنف : ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين . والفقه فيه أن المستحق بالعقد ماسمى فيه وهو الكرّ ، وهو إنما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ؛ ألا ترى أن الثانى لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشترى كاله لنفسه بحضرة المشترى الثانى فقبضه الثانى لابد من أن يكيله إقامة لحق العقد الثانى والصفقتان شراء المسلم إليه من بائعه الكرّ والصفقة التقديرية التى اعتبرت بين المسلم إليه وربّ السلم عند قبضه لأن المسلم إليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لأن المأخوذ ليس عين حقه فإنه دين ، وهذا عين قاصصه به ، وقد أخذوا فى صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه . وعندى ليس هذا بشرط ، بل الشرط أن يكيله مرتين ، حتى لو قال له اقبض الكرّ الذى اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا ، لأن الفرض أنه لايصير قابضا لنفسه بالكيل الأول بل الثانى ، فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا . ولفظ الجامع يفيد ما قلنا ، فإنه لم يزد فيه على قول

(قوله وفيه) أى فى جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعا (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الإقالة صار دينا فى ذمة المسلم إليه ، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (والحجة عليه ماذكرناه) من الحديث والمعقول . قال (ومن أسلم فى كرّ فلما حل الأجل الخ) رجل أسلم فى كرّ من الحنطة وهو ستون قفيزا (فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّا وأمر ربّ السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض فى يد ربّ السلم كان من مال المسلم إليه (وإن أمره أن يقبضه لأجل المسلم إليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الأولى صفقة المسلم إليه مع بائعه والثانية صفقته مع ربّ السلم (فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان ، وهذا هو محمل الحديث على مامر) فى الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه : ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على مايتبين .

والسلم وإن كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة ، وإن جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء، وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكرّ جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان .

فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز . وقوله (والسلم وإن كان سابقا إلى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع ربّ السلم مع المسلم إليه كان سابقا على شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهى ، فأجاب بقوله السلم وإن كان سابقا على شراء المسلم إليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشرائه من بائعه (وأنه) أى قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة) واعتباره عينه فى حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كى لايلزم الاستبدال به قبل قبضه لايستلزم اعتباره إياه مطلقا فأخذ العين عنه فى حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم إليه بعد شرائه من بائعه ، والدليل على هذا الاعتبار ما قال فى الزيادات : لو أسلم مائة فى كرّ ثم اشترى المسلم إليه من ربّ السلم كرّ حنطة بمائتى درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرّ لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن . يريد أن ربّ السلم اشترى ما باعه وهو الكرّ قبل نقد الثمن بأقل مما باعه ، وإنما يلزم ذلك إذا جعلا عند القبض كأنهما جددا عقدا . ومثل هذا فيما لو أسلم فى موزون معين واشترى المسلم إليه موزونا كذلك إلى آخره لايجوز قبض رب السلم ، بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو ملكها بإرث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة ، وتجوّز به يكتفى بكيل واحد . لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم . ولو اشترى المعدود عدا والسلم فى معدود فعلى الروايتين فى وجوب إعادة العدّ فى بيع المعدود بعد شرائه عدّا هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكرّ) ولم يقل اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار فى القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشىء بجنسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ، ولهذا لايلزم التأجيل فى القرض لأنه بيع بجنسه نسيئة ، وكذا لو كان الدين الأول سلما فلما حل اقترض المسلم إليه من رجل كرا وأمر ربّ السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا ، وهذا لأن عقد القرض عقد مساهلة لايوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ، ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها

(قوله والسلم وإن كان سابقا) جواب عما يقال بيع المسلم إليه مع ربّ السلم كان سابقا على شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعا بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهى ، وتقريره القول بموجب العلة. سلمنا ذلك (لكن قبض المسلم فيه لاحق) وقبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) لأن المسلم فيه دين فى ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وإن جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل (و) إن (كان) الكرّ (قرضا فأمر) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة) ولو لم يكن إعارة لزم تمليك الشىء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لايلزم التأجيل فى القرض لأن التأجيل فى العوارى غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد .

قال (ومن أسلم فى كرّ فأمر ربّ السلم أن يكيله المسلم إليه فى غرائر ربّ السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر ، لأن حقه فى الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ، ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ؛ ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم إليه وفى الشراء للمشترى لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم إليه وفى الشراء من مال المشترى ،

قبل الكيل (قوله ومن أسلم فى كرّ فأمر ربّ السلم المسلم إليه أن يكيله له فى غرائر ربّ السلم) والموضع موضع الإضمار فيهما لكنه أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتقييد بغيبته ، لأنه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر . لأن حقه فى الدين لا العين فصار المسلم إليه مستعير الغرائر منه جاعلا ملك نفسه فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع) الدائن إليه كيسا (ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا) هذا إذا لم يكن فى غرائر رب السلم طعام بلا تردد ، فإن كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر فى ملك الغير . قال فى المبسوط : والأصح عندى أنه يصير قابضا لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا ، وهو نظير ما سيذكر فى كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لى بهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بحالها) أى دفع المشترى غرائره للبائع وأمره أن يكيلها فيها ففعل بغيبته (وصار قابضا لأن الأمر قد صح) هنا (لأنه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره مالو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه ، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لأنه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ، ولو كانت مشتراة فأمر المشترى البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشترى ، فلو هلك الدقيق فى الأول هلك من ملك المسلم إليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ؛ ولو هلك فى الثانى هلك من ملك المشترى وتقرر الثمن عليه ، ومثله (إذا أمر) رب السلم المسلم إليه (أن يصبه فى البحر ففعل كان من مال المسلم إليه) ولو أمر المشترى البائع به كان قابضا فيهلك (من مال المشترى

قال (ومن أسلم فى كرّ فأمر رب السلم الخ رجل أسلم فى كرّ فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه فى غرائر رب السلم ففعل وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن) له فى غرائره طعام فإنه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم إليه (لأن الأمر بالكيل لم) يصادف ملك الآمر إذ حقه فى الدين لا فى العين فلا (يصح) الأمر (وصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها ، فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره إلى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشترى غائب صار قابضا لأنه ملكه بالشراء لا محالة فصح الأمر لمصادفته الملك ، وإذا صح صار البائع وكيلا عنه فى إمساك الغرائر فبقيت الغرائر فى يد المشترى حكما فما وقع فيها صار فى يد المشترى (قوله ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع (فإنه إذا أمره بالطحن فى السلم كان الطحين للمسلم إليه وفى الشراء للمشترى) وإذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم ففعل هلك من مال المسلم إليه (وفى الشراء من مال المشترى) وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحته موقوفة على الملك ، فلولا أنه ملكه لما صح أمره ، ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لأن الأمر

ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ، ولهذا يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح لأنه نائب عنه فى الكيل والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى ، ولو أمره فى الشراء أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده . فكذا مايقع فيها . وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا . ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشترى ، إن بدأ بالعين صار قابضا . أما العين فلصحة الأمر فيه ، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا ، كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه ، وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار ،

لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل) الواحد (فى الشراء فى الصحيح لأنه نائب عنه فى الكيل والوقوع فى غرائر المشترى) وقوله فى الصحيح احتراز عما قيل لايكتفى إلا بكيلين على مامر قبل باب الربا . ولو كان فى البيع أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا (لأنه استعار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض (فلم تصر الغرائر فى يده فكذا مايقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كما لو أمر المشترى) البائع (أن يكيله ويعزله فى مكان من بيت البائع) ففعل بغيبته لم يصر قابضا (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كرّا معينا بعد حلول السلم فأمره أن يكيل فى غرائر المشترى كليهما ففعل بغيبته ، إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشترى قابضا لهما (أما العين فلصحة الأمر فيه) لأنه لاقى ملكه (وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها فى أرض المستقرض ، وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما

قد صح (ولهذا) أى ولأن الأمر قد صح (يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح لأن البائع نائب عنه فى الكيل) فإن قيل : البائع مسلم فكيف يكون متسلما . أجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أى وتحقق القبض بالوقوع (فى غرائر المشترى) فلا يكون مسلما ومتسلما ، وإنما قال فى الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى » وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر) المشترى (قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر فى يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض . فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا لأنه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم فى كرّ حنطة فلما حل الأجل اشترى من المسلم إليه كرّا آخر بعينه ودفع غرائره إليه ليجعل الدين : أى المسلم فيه والعين وهو المشترى فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولا الدين أو العين ، فإن كان الثانى (صار) المشترى قابضا لهما جميعا ، أما العين فلصحة الأمر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر . ورد بأنه لايصلح نائبا عن المشترى فى القبض كما لو وكله كذلك نصا . وأجيب بأنه ثبت ضمنا وإن لم يثبت قصدا . وأما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه . وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشكل بالصبغ ، فإن

وإن بدأ بالدين لم يصر قابضا . أما الدين فلعدم صحة الأمر . وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع . وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه فى المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما . قال (ومن أسلم جارية فى كرّ حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى فعليه قيمتها يوم قبضها ، ولو تقايلا بعد

(وإن بدأ بالدين) فكذلك فى الغرائر (لم يصر قابضا . أما فى الدين فلعدم صحة الأمر) لما قلنا (وأما) فى (العين فلأنه يخلط مال المشترى) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكا له عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض . لايقال : هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكا لأنه بأمره . أجاب المصنف بمنع إذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح و هو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكا يصير المشترى (بالخيار إن شاء نقض البيع) لعيب الشركة (وإن شاء شاركه فى المخلوط) . وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا به . أجيب بأن المعقود عليه ثمة الفعل لا العين . والفعل لايجاوز الفاعل لأنه عرض لايقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية فى كرّ حنطة) حاصل هذه والتى بعدها الفرق بين الإقالة فى السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ؛ ففى السلم تجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعده لأن صحة الإقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع إلى أن يقبض ؛ ففى السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه . فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الإقالة إذا ماتت قبل الإقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه ، وإذا جازت انفسخ فى الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب . وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلا لاتجوز الإقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض لأن الجارية هى المعقود عليه فى البيع فلا تصح الإقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلكت بعدها . ولو كان البيع مقايضة بأن

الصبغ والبيع اتصلا بملك المستأجر . ولم يصر قابضا لأن المعقود عليه فى الإجارة الفعل لا العين ، والفعل لايتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا ، وإن كان الأول لم يصر قابضا. أما الدين فلعدم صحة الأمر لعدم مصادفته الملك لأن حقه فى الدين لا فى العين وهذا عين فكان المأمور بجعله فى الغرائر متصرفا فى ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر (وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينفسخ العقد) فإن قيل : الخلط حصل بإذن المشترى فلا ينقض البيع. أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ماحصل بإذن المشترى بل الخلط على وجه يصير به الآمر قابضا هو الذى كان مأذونا به . وفى عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزما . واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للأعم على الأخص ، ويجوز أن يقال كلامه فى قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء شاركه فى المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما) : قال (ومن أسلم جارية فى كرّ حنطة الخ) رجل أسلم جارية فى كرّ حنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فماتت الجارية فى يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الإقالة بهلاكها ، لأنهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الإقالة صحيحة لأنها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه ، وفى السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه ، وإذا صح ابتداء صح انتهاء لأن البقاء أسهل من الابتداء ، وإذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها

هلاك الجارية جاز) لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه ، وفى السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه ، وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء ، لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الإقالة . ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة) لأن المعقود عليه فى البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله ، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه . قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم فى كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه) لأن رب السلم متعنت فى إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال فى العادة ،

دفع الجارية فى ثوب تبقى الإقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقيا لأن كلا منهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم إلى رجل إلى آخره) الأصل فى هذه المسائل أنهما إذا اختلفا فى الصحة ، فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ماينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعى الصحة ، وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر مايضره . قال أبو حنيفة : القول قول من يدعى الصحة أيضا إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر وإن أنكر الصحة . إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل (أسلم إلى رجل فى كر فقال المسلم إليه شرطت لك رديئا) وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه) بالاتفاق وهو قول الشافعى (لأن رب السلم متعنت) لأنه بإنكار الصحة منكر ماينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (يربو على رأس المال فى العادة) وإن كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل بذاك الآجل ،

وقامت مقام الجارية ، فكأن أحد العوضين كان قائما فلا يرد ماقيل إن الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالإقالة فصار كهلاك العوضين فى المقايضة وهو يمنع الإقالة ، وقد تقدم فى الإقالة مايفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الإقالة فى البيع عند هلاكها بقاء وابتداء ، وما فى الكتاب ظاهر لايحتاج إلى شرح : قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم فى كر حنطة الخ) إذا اختلف المتعاقدان فى صحة السلم . فمن كان متعنتا وهو الذى ينكر ماينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ، ومن كان مخاصما وهو الذى ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد ، وإن كان خصمه هو المنكر عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة ، وعلى هذا إذا أسلم رجل فى كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت فى إنكاره صحة السلم ، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر ، فإنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لايصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم إليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق : وفيه بحث لأنا لانسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسيئة وإن كانت كثيرة . سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيدا . وأما إذا كان رديئا فممنوع . سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام

(قوله ومن كان مخاصما وهو الذى ينكر) أقول : لايخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجىء (قوله لأن رب السلم متعنت فى إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه ، إلى قوله : فإنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول : فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعا يتم المقصود بدونه .

وفى عكسه قالوا: يجب أن يكون القول لربّ السلم عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا . وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة . وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال ربّ السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لأن المسلم إليه متعنت فى إنكاره حقا له وهو الأجل . والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد

ولولا أنه يربو عليه وإن كان آجلا لم تطبق آراؤهم عليه . وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض . وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة إلى آخره فيخص أبو حنيفة تمشيته فى غير هذا المحل . والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان إن القول لمدعى الصحة دائما ليعللا هنا بظهورها فى مباشرة العاقد (وفى عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الردىء وأنكر المسلم إليه الشرط أصلا لم يذكره محمد فى الكتاب (وقالوا) أى المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند أبى حنيفة) وهو قول الشافعى (لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة) وسيقرر المصنف الوجه فى تلك المسئلة التى تلى هذه (ولو قال) المسلم إليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أى بالاتفاق ، وكذا فى مقداره وهو قول الشافعى لأن كلام المسلم إليه هنا تعنت لأنه ينكر ماينفعه وما هو حقه (وهو الأجل) لأن الأجل لترفيه المسلم إليه وهذا استحسان . وأورد عليه ينبغى أن يكون القول لمن يدعى الفساد لأن المسلم فيه لما كان فى العادة يربو على رأس المال كان إنكار المسلم إليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا . وهذا الإيراد هو وجه القياس . فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الأجل ليس متيقنا) حتى

« البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وهو بإطلاقه يقتضى أن يكون القول قول المنكر وإن أنكر الصحة . والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن فى البياعات وكثرة رغبتهم فى التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه فى الحالة الراهنة ، وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وإن كان رديئا والاعتبار للمعانى دون الصورة ؛ فمنكر صحة الصورة وإن كان منكرا لكنه مدّع فى المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة وإن انعكست المسئلة وهو أن يدعى رب السلم الوصف وأنكره المسلم إليه لم يذكره محمد فى الجامع الصغير . والمتأخرون من المشايخ (قالوا : يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبى حنيفة لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا) وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة (قوله وسنقرره من بعد) يريد به مايذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما ، وفى عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعيد والمطابق ونقرره . ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت فى إنكاره لأنه ينكر ماينفعه وهو الأجل . فإن قيل : لانسلم أنه متعنت لأنه بإنكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على رأس المال فى العادة فيكون القول للمسلم إليه وهو القياس . أجاب المصنف (بأن الفساد بعدم الأجل غير متيقن لمن كان الاجتهاد) فإن السلم الحالّ جائز عند الشافعى ، وإذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من إنكاره ردّ رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبرا ، بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الأولى فإن الفساد بعدمه متيقن ، وفيه نظر لأن بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير

(قوله وإن كان رديئا) أقول : مسلم إذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه (قوله فنكر صحة الصورة الخ) أقول: الأصوب أن يقال فالمدعى صورة منكر فى المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنه مدع) أقول : إن له حق الفسخ .

فلا يعتبر النفع فى ردّ رأس المـال . بخلاف عدم الوصف ، وفى عكسه القول لربّ السلم عندهما لأنه ينكر حقا له عليه فيكون القول قوله . وإن أنكر الصحة كرب المـال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لى نصف الربح فالقول لرب المـال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبى حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا ، بخلاف مسئلة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق ، وإن خرج خصومة

يكون إنكاره إنكار الصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لأن السلم الحالّ جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع فى ردّ رأس المـال) لأنه ليس بلازم قطعا (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها على ماتقدم فإنه ملزوم قطعا للفساد (وفى عكسه) وهوأن يدعى المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا عليه) وهو زيادة الربح الكائن فى قيمة المسلم فيه على ما دخل فى يده من رأس المـال فصار (كرب المـال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فإن القول لرب المـال لأنه ينكر استحقاق) زيادة (الربح) وإن تضمن ذلك إنكار الصحة . ووقع فى بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهى غلط ، لأن على هذا التقدير القول للمضارب ، ولأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لاعلى هذا (وعند أبى حنيفة القول للمسلم إليه) وهو قول الشافعى (لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) إذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ، ولأنه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لايجب نقضه ورفعه شرعا ، ولأن شرط الشيء تبع له ، فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه ، فإنكار الأجل إنكار بعد الإقرار ظاهرا فلا يقبل ، وصار كما لو اختلف الزوجان فى التزويج بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لأنه أى عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المـال من عزله قبل شرائه برأس المـال ، وكذا المضارب له فسخه ، وإذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما ، وإذا ارتفع بقى دعوى المضارب فى استحقاق الربح ورب المـال ينكر فالقول له (أما السلم فـ)عقد (لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعى الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ، ولأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة ، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد ، فإن مدعى الفساد يدعى

صحيح . فالأولى أن يقال : إن الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة إن ثبت ذلك ، وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره ، وفى عكسه وهو أن يدعى المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله ، وإن أنكر الصحة كربّ المـال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لى نصف الربح فإن القول لرب المـال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبى حنيفة القول قول المسلم إليه لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لأن السلم عقد واحد ، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر . واختلفا فى جوازه وفساده ، وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين : أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة . الثانى أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه ، والأجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقرارا بالصحة ، فالمنكر

(قوله والثانى أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه) أقول : لشرائط العقد أو لشرائط صحته ؟ الأول مسلم ، وليس الأجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته ، والثانى غير مسلم .

ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده . وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة .

الإجارة . ومدعى الصحة يدعى الشركة فكان اختلافهما فى نوع العقد . بخلاف السلم الحال وهوما يدعيه منكر الأجل سلم فاسد لاعقد آخر فلهذا يحنث به فى يمينه لايسلم فى شىء فقد اتفقاعلى عقد واحد واختلفا فى صحته وفساده فالقول لمدعى الصحة . واستشكل بما لو قال فى المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فإن القول للمضارب . ولم يقل اختلفا فى نوع العقد . أجيب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعى الفساد لأن أول الكلام لايتوقف على آخره فيه . بخلاف قوله إلا عشرة بالاستثناء فإنه يتوقف إذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد . قيل فيه نظر لأن فى الأصول فيما إذا زوجه الفضولى أختين فى عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان . لأنه توقف أوله على آخره بوجود المغير فى آخره وإن كان بحرف العطف . وأورد أيضا بما إذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع أنه يدعى فساد العقد : أجيب بأنه ما أقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية . واعلم أن إنكار الأجل على ثلاثة أوجه : أحدها فى أصل الأجل وهى مسئلة الكتاب . والثانى فى مقدار الأجل والقول فيه قول من يدعى الأقل مع يمينه . فإن قامت بينة للمدعى الأكثر قضى بها ، وإن قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة . والثالث فى مضى الأجل إذا قال رب السلم مضى الأجل المسمى وقال المسلم إليه لا فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة عليه ، ومن أقام بينة قضى له ، فإن أقاماها فالبينة بينة المطلوب لأنها تثبت زيادة الأجل . هذا والاختلاف فى مقدار الأجل لايوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لأنه ليس فى المعقود عليه ولا فى بدله بخلاف الاختلاف فى الصفة : يعنى أنه ماهو فإنهما يتحالفان

بعده ساع فى نقض ماتم به وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فإنهما إذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فإنها إذا فسدت كانت إجارة ، وإذا صحت كانت شركة ، فإذا اختلفا فالمدعى للصحة مدع لعقد ، والمدعى للفساد مدع لعقد آخر خلافه ، ووحدة العقد عند الاختلاف فى الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل ، وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل . ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه إنكارا بعد الإقرار وهو تناقض فلم يعتبر الإنكار . وأما المضاربة فهى ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض فى ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكأن المضارب يدعى استحقاق شىء فى مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر . وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لأنه بالفساد لاينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف . فإن قيل : هذا العذر الذى ذكرتم فى المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لى نصف الربح فإن القول للمضارب ، وكان الواجب أن لايعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لإنكاره ما يدعيه المضارب فى ماله . فالجواب أن العذر المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفى والإثبات على محل واحد ، وهاهنا قد ورد عليه لأن رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح مايدعيه ويدعى بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك إنكار بعد الإقرار لأن المعطوف يقرر المعطوف عليه ، كما إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيأتى فيكون النفى والإثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعى الصحة وهو المضارب كما فى السلم ، وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه .

قال (ويجوز السلم فى الثياب إذا بين طولا وعرضا ورقعة) لأنه أسلم فى معلوم مقدور التسليم على ماذكرنا ، وإن كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضا لأنه مقصود فيه .

لأن الوصف جار مجرى الأصل . وفى الخلاصة : إذا شرط فى السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضى يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفى ، فإن قالا جيد أجبر على القبول ، وإذا اختلفا فى السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند أبى يوسف ، ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد ، وإن قامت لأحدهما بينة قضى بها ، وإن قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبى يوسف . والمسئلة على ثلاثة أوجه : لأن رأس المال إما عين أودين ، وكل وجه على ثلاثة أوجه . اتفقا على رأس المال واختلفا فى المسلم فيه أو على القلب أو اختلاف فيهما ، فإن كان رأس المال عينا واختلفا فى المسلم فيه لاغير فقال الطالب هذا الثوب فى كرّ حنطة وقال الآخر فى نصف كرّ أو فى شعير أو فى الحنطة الرديئة وأقاما قضى ببينة رب السلم بالإجماع ، وإن اختلفا فى رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب فى كرّ حنطة وقال الآخر فى كرّ شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين ، فمحمد مرّ على أصله . وأبو يوسف يقول : كل يدعى عقدا غير مايدعيه الآخر . وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير ، إن اتفقا على رأس المال واختلفا فى المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف . ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم فى كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر فى كر وأقاما ، فعند أبى يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرين ولا يقضى بسلمين ، وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر فى كرّ وعقد بعشرة فى كرين . ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغى أن يقضى بسلمين كما فى الثوبين ، وفيها : أسلم فى ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدنى دراهم فعلى وجوه : إما إن كان كيليا أو وزنيا أو ذرعيا ، ففى الكيلى فإن أسلم فى عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر وقال زدنى درهما جاز لأنه باع قفيزا بثمن معلوم ، ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فإنه إقالة فى البعض فيجوز كما فى الكل . ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فأعطى درهما لايجوز عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز ، وقلمنا أنه فى الأردإ والأجود يجوز بالإجماع إذا لم يكن معه شىء آخر . وفى الثوب إن جاء بأزيد بذراع وقال زدنى درهما جازوهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه ، بخلاف بيعه مفردا ، وكذا إذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فإنه يجوز عندهم ، وإن جاء بأنقص فرد معه درهما لايجوز عند أبى حنيفة ومحمد لأنه إقالة فيما لايعلم حصته لأن الذراع وصف وحصته مجهولة ، هذا إذا لم يبين لكل ذراع حصة ، فإن بين جاز بلا خلاف ، وكذا لو جاء بأنقص وصفا لايجوز ولو بأزيد وصفا جاز الكل فى الأصل (قوله ويجوز السلم فى الثياب إذا بين طولا وعرضا ورقعة لأنه أسلم فى معلوم) والرقعة يراد بها قدر ، ولا خلاف فى هذا بل فى اشتراط وزنه إذا كان حريرا

قال (ويجوز السلم فى الثياب الخ) السلم فى الثياب جائز إذا بين الطول والعرض والرقعة . يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لأنه أسلم فى معلوم مقدور التسليم ، وإن كان ثوب حرير وهو المتخذ من الإبريسم المطبوخ لابد من بيان وزنه أيضا لأن قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن ، فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده ، لأن المسلم إليه ربما يأتى وقت حلول الأجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة ،

(ولا يجوز السلم فى الجواهر ولا فى الخرز) لأن آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفى صغار اللؤلؤ التى تباع وزنا يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم فى اللبن والآجرّ إذا سمى ملبنا معلوما) لأنه عددى متقارب لا سيا إذا سمى الملبن . قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لأنه لايفضى إلى المنازعة (وما لايضبط صفته ولا يعرف مقداره لايجوز السلم فيه) لأنه دين ، وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة

فإنّ عند باقى الأئمة الثلاثة لايشترطونه والوجه بها ظاهر ، وكذا يجوز فى البسط والأكسية والمسوح والجوالق والبوارى إذا بين الطول والعرض والصنعة ؛ وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقل من الثياب عرفا كالوذارى يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا . فى المنتقى : إذا باع ثوبى حرير يدا بيد لايجوز إلا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح فى السلم ، بخلاف البيع لأن الإشارة يكتفى بتعريفها فى البيع . غاية الأمر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع . وفى الطول يذكر عدد الذرعان يجب أن يتوسط عند الذرع بين إرخاء الثوب ومده إن كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه إلا أن يكون أحدهما هو المتعارف . وإذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لايجوز بيعها بجنسها جزافا فلذا ذكر القدورى أن بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لايجوز إلا وزنا كأوانى الصفر (قوله ولا يجوز السلم فى الجواهر) بلا خلاف إلا لمالك (ولا فى الخرز لأن آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا) فى المالية فإن الجوهرتين قد يتحدان وزنا ويختلفان قيمة بأعتبار حسن الهيئة ، اللهم إلا فى الصغار التى تدق للكحل والتداوى فيجوز وزنا (ولا بأس بالسلم فى اللبن والآجر إذا سمى ملبنا معلوما) لأنه عددى متفاوت إذا سمى الملبن . وقوله (لاسيما إذا سمى إلى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل إذا سمى يكون أحسن . وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا . وذكر بعضهم أنه لايجوز بيع مائة آجرّة من أتون . وفى عرف بلادنا يسمونه قمينا أو قميرا وهو الذى يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعمل جيرا لأنه يتفاوت فى النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه فى السلم بالمتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته إلى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والإبريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع إذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب وصوف الأخشاب ، ويجوز السلم فى التبن كيلا بالغرائر ،

وأما فى الثياب فالوزن ليس بشرط . وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله اشتراط الوزن فى الوذارى وما يختلف بالثقل والخفة . قال (ولا يجوز السلم فى الجواهر الخ) العددى الذى تتفاوت آحاده فى المالية كالجواهر واللآلئ والرمان والبطيخ لايجوز السلم فيه لإفضائه إلى النزاع . وفى الذى لاتتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد ، وفى صغار اللؤلؤ التى تباع وزنا يجوز السلم فيه لأنه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت فى المالية (ولا بأس بالسلم فى اللبن والآجرّ) إذا اشترط فيه ملبنا معروفا ، لأنه إذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعدى المتقارب . قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات مايجوز فيه السلم وما لايجوز فيه بحث من وجهين : أحدهما أنه عكسها فقال وما لايضبط صفته ولا يعرف مقداره لايجوز السلم فيه ، ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان ليس بحيوان . والثانى أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع ، والأصل ذكر القاعدة أوّلا ثم تفريع الفروع عليها . والجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم

(قوله أحدهما أن عكسها الخ) أقول : فيه أنه ليس عكس الأول ، بل الحكم الكلى فى الثانى لانتفاء الشرط فتأمل .

(ولا بأس بالسلم فى طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وإن كان لايعرف فلا خير فيه) لأنه دين مجهول . قال (وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للإجماع الثابت بالتعامل . وفى القياس لايجوز لأنه بيع المعدوم . والصحيح أنه يجوز بيعا لاعدة .

وقيل هو موزون . وقيل يعتبر التعارف ، وفى عرفنا كيله فى شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفا (قوله ولا بأس بالسلم فى طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن إذا ضبط واستقصى فى صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت إلا يسيرا (قوله وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أوانى الصفر اصنع لى خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا : أى برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لايعطى شيئا فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين . والقياس أن لايجوز وهو قول زفر والشافعى ، إذ لايمكن إجارة لأنه استئجار على العمل فى ملك الأجير ، وذلك لايجوز

« من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم » الحديث . وحينئذ كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بإنسان ليس بناطق . وعن الثانى أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه ، وأما فى الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة (ولا بأس بالسلم فى طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم وإلا فلا خير فيه) أى لايجوز لأن الجواز خير فينتفى . قال (وإن استصنع شيئا من ذلك بغير ذكر الأجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجىء إنسان إلى صانع فيقول اصنع لى شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لايسلم ، وهو لايخلو إما أن يكون فيما فيه تعامل ، وإليه أشار بقوله شيئا من ذلك : أى مما تقدم من طست وقمقم وخفين أولا . والثانى لايجوز قياسا واستحسانا كما سيجىء والأول يجوز استحسانا والقياس يقتضى عدم جوازه لأنه بيع المعدوم ، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم ، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل ، إليه أشار قوله بغير أجل . وجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل ، فإن الناس فى سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ، ولا يشكل بالمزارعة فإن فيها للناس تعاملا ، وهى فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله لأن الخلاف فيها كان ثابتا فى الصدر الأول دون الاستصناع . واختلفوا فى جوازه هل هو بيع أو عدة ، والصحيح أنه بيع لا عدة ، وهو مذهب عامة مشايخنا ، وكان الحاكم الشهيد يقول : هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطى إذا جاء به مفروغا ، ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار . وجه العامة أنه سماه فى الكتاب بيعا وأثبت فيه خيار الرؤية ، وذكر القياس والاستحسان ولأنه يجوز فيما فيه تعامل لافيما لاتعامل فيه ، كما إذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده أو الخياط أن يخيط له قميصا بكرباس من عنده ، والمواعدة تجوز فى الكل ، وثبوت الخيار لكل منهما لايدل على المواعدة ؛ ألا ترى أنهما إذا تبايعا عرضا بعرض ولم يركل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لامحالة .

(قوله ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول : أى فى رواية عن أبى حنيفة (قوله ألا ترى أنهما إذا تبايعا الخ) أقول والحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره فخير لذلك ، وفيما نحن فيه لايمكن أن يجعل الصانع مشتريا لما لم يره فلا وجه لخياره إلا ماقررناه فتأمل .

والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما . والمعقود عليه العين دون العمل . حتى لو جاء به مفروغا لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ،

كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا . أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا لايصح ولا بيعا لأنه بيع معدوم ، ولو كان موجودا مملوكا لغير العاقد لم يجز . فإذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز . ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلا نكير . والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج فى قوله صلى الله عليه وسلم « لاتجتمع أمتى على ضلالة » وقد استصنع رسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم خاتما . واحتجم صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام » مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد . ومثله شرب الماء من السقاء . وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطا . وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن . وهو أن لايذكر عدد مايصبه من ملء الطاسة ونحوها فقصرناه على مافيه تعامل . وفيما لاتعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصا بغزل نفسه . ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة : فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور مواعدة ، وإنما ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطى ولهذا كان للصانع أن لايعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم ، وللمستصنع أن لايقبل ما يأتى به ويرجع عنه . ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبى حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما فى الصدر الأول ، وهذا كان على الاتفاق . والصحيح من المذهب جوازه بيعا لأن محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لايجريان فى المواعدة . ولأنه جوّزه فيما فيه تعامل دون ماليس فيه . ولو كان مواعدة جاز فى الكل ، وسماه شراء فقال : إذا رآه المستصنع فهو بالخيار لأنه اشترى مالم يره . ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها وإثبات أبى اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع ؛ ألاترى أن فى بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعلوم موجودا وفى الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم . وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفى لقول أبى سعيد البردعى المعقود عليه العمل لأن الاستصناع ينبئ عنه كما قلنا . والأديم والصرم بمنزلة

فإن قيل : كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لايصلح أن يكون مبيعا . أجاب (بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسى للتسمية عند الذبح ، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان . والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات ، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل . فإن قيل : إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع . أجاب (بأن المعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز) وفيه نفى لقول أبى سعيد البردعى فإنه يقول : المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل . وعورض بأنه لو كان بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ، ذكره فى جامع قاضيخان . وأجيب بأن الاستصناع شبها بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل ، وشبها بالبيع من حيث أن

(قوله فإن قيل : إنما يصح ذلك الخ) أقول : الحصر ممنوع ، فإنه يجوز أن يعتبر الصنع المعلوم موجودا ، إلا أن يقال : المشار إليه بقوله ذلك كونه بيعا لا اعتباره موجودا .

ولا يتعين إلا بالاختيار ، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز . وهذا كله هو الصحيح . قال (وهو بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه) لأنه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع ، كذا ذكره فى المبسوط وهو الأصح . لأنه باع ما لم يره . وعن أبى حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضا لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره . وعن أبى يوسف أنه لا خيار لهما . أما الصانع فلما ذكرنا . وأما المستصنع فلأن فى إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه ربما لايشتريه غيره بمثله ولايجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوّز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم ، وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبى حنيفة خلافا لهما ، ولو ضربه فيما لاتعامل فيه يصير سلما بالاتفاق . لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل :

الصبغ ، والدليل عليه ماذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره . ولذا لوجاء به مفروغا لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ، وإنما نبطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة . وفى الذخيرة : هو إجارة ابتداء بيع انتهاء ، لكن قبل التسليم لاعند التسليم بدليل أنهم قالوا : إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ، ذكره محمد فى كتاب البيوع . فإن قيل : لو انعقد إجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى .

المقصود منه العين المستصنع ، فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن فى مجلس العقد كما فى البيع . فإن قيل : أىّ فرق بين هذا وبين الصباغ ، فإن فى الصبغ العمل والعين كما فى الاستصناع وذلك إجارة محضة . أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل فى عين المستأجر ، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة فى حكم واحد لاغير (ولا يتعين) المستصنع (إلا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أى كونه بيعا لاعدة ، وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه إلا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل فى كل منها على خلاف ذلك . قال (وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه الخ) أى المستصنع بعد الرؤية بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع ، كذا ذكره فى المبسوط ، فيجبر على العمل لأنه بائع باع مالم يره ومن هو كذلك لاخيار له . وهو الأصح بناء على جعله بيعا لاعدة . وعن أبى حنيفة أن له الخيار أيضا إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعا للضرر عنه لأنه لايمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وإتلاف الخيط . وعن أبى يوسف أنه لا خيار لهما . أما الصانع فلما ذكرنا أوّلا ، وأما المستصنع فلأن الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله ، فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لأن غيره لايشتريه بمثله ؛ ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامى لايشتريه أصلا . فإن قيل : الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا . أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه . فإن قيل : ذلك لجهل منه وهو لايصلح عذرا فى دار الإسلام . أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين فى دار

(قوله وعن أبى يوسف أنه لاخيار لهما ، أما الصانع فلما ذكرنا) أقول : ذكره قبل أسطر وهو قوله لأنه بائع باع ما لم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول : بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا ، إلا أنه لامنافاة بينهما فتأمل .

بخلاف مالا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح . ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم . وجواز السلم بإجماع لاشبهة فيه وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى . والله أعلم .

أجيب بأنه إنما لم يجبر الصانع لأنه لايمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه ؛ والإجارة تفسخ فسخ بهذا العذر ؛ ألا ترى أن المزارع له أن لايعمل إذا كان البذر من جهته . وكذا رب الأرض لأنه لايمكنه المضيّ بهذه الإجارة إلا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة فى الآخرة كشراء مالم يره. ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهى فى الجواز لا اللزوم .ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع . بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع . والله أعلم.

الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين . وإنما الجهل ليس بعذر فى دار الإسلام فى الفرائض التى لابد لإقامة الدين منها لا فى حيازة اجتهاد جميع المجتهدين . وفيه نظر لأن غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة بحرّ ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ . فإن سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها لأن الجهل فى دار الإسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التى لابد لإقامة الدين منها ، ولا يجوز الاستصناع فيما لاتعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع . وقوله بغير أجل فى أول المسئلة احتراز عما إذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فإنه حينئذ يكون سلما عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما . وأما إذا ضرب الأجل فيما لاتعامل فيه فإنه يصير سلما بالاتفاق ، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال ، أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لايصيره سلما لأن ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندوانى أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما ، وإن كان من قبل الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال ، وفيما إذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما فى الخلافية أن اللفظ حقيقة فى الاستصناع . وتقريره أن ذكر الاستصناع يقتضى أن لايكون سلما لأن اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل ، وذكر الأجل يقتضى أن يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل . وإذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثانى على الأول (بخلاف مالاتعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ، ولأبى حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقريره : لانسلم أن اللفظ محكم فى الاستصناع ، فإن ذكر الأجل أدخله فى حيز الاحتمال ، وإذا كان محتملا للأمرين كان حمله على السلم أولى لأن جوازه بالإجماع بلا شبهة فيه (وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة ، ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع .

(قوله وفيه نظر لأن غير الأب الخ) أقول : لايخفى عليك أن مآل هذا النظر التكلم على السند الأخص وأنه لايجدى نفعا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول : من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية (قوله يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول : ظاهره يخالف لما أسلفه فى صحيفة ١١٦ من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ، ثم أقول : قال الإتقانى فى تعليل الشبهة : لأن الشافعى ينكر الاستصناع انتهى . وأنت خبير بأن قول الشارح أقرب من قول الإتقانى .

(مسائل منثورة)

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع : المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) وعن أبى يوسف أنه لايجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به . وقال الشافعى : لايجوز بيع الكلب ،لقوله

(مسائل منثورة)

المسائل التى تشذّ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكرفيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة : أى متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع ، المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) هكذا أطلق فى الأصل : فمشى بعضهم على إطلاقه كالقدورى . وفى نوادر هشام عن محمد : نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته : وروى الفضل بن غانم عن أبى يوسف نصه على منع بيع العقور . وعلى هذا مشى فى المبسوط فقال : يجوز بيع الكلب إذا كان بحال يقبل التعلم . ونقل فى النوادر أنه يجوز بيع الجرو لأنه يقبل التعليم ، و إنما لايجوز بيع الكلب العقور الذى لايقبل التعليم ، وقال : هذا هو الصحيح من المذهب . قال : وهكذا نقول فى الأسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه ، وإن كان لايقبل التعليم والاصطياد به لايجوز . قال : والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى . فعلى هذا ينبغى أن لايجوز بيع النمر بحال لأنه لشرّه لايقبل تعليما . وفى بيع القرد روايتان عن أبى حنيفة : رواية الحسن الجواز ، ورواية أبى يوسف بالمنع . وقال أبو يوسف : أكره بيعه لأنه لا منفعة له إنما هو للهو وهذه جهة محرمة : وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هووجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبنى على أن كل مايمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه . ويجوز بيع الهرّة لأنها تصطاد الفأر والهوامّ المؤذية فهى منتفع بها ، ولا يجوز بيع هوامّ الأرض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ،ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان . وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها فى الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز ، ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين ، وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها إلا تبعا للتراب المخلوط ، بخلاف الدم يمتنع مطلقا (قوله وقال الشافعى : لايجوز بيع الكلب) ،طلقا سواء كان للصيد أو لم يكن . وأما اقتناؤه

(مسائل منثورة)

أى هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هاهنا . قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذى ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم فى رواية الأصل ؛ أما الكلب المعلم فلا شك فى جواز بيعه لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لأنه منتفع به حقيقة وشرعا فيكون مالا . وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد ، فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول فى بيته ويخبر عن الجائى بنباحه فساوى المعلم فى الانتفاع به (وعن أبى يوسف أن بيع الكلب العقور) أى الجارح (لايجوز لأنه غير منتفع به) ولأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن إمساكه وأمر بقتله . قلنا : كان قبل ورود الرخصة فى اقتناء الكلب للصيدأو للماشية أو للزرع (وقال الشافعى : لايجوز بيع الكلب، لقوله

(مسائل منثورة)

عليه الصلاة والسلام « إن من السحت مهر البغىّ وثمن الكلب » ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه فكان منتفيا . ولنا « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية »

للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع . لكن لاينبغى أن يتخذه فى داره إلا إن خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح « من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان » وجه قوله ما روى ابن حبان فى صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبى رباح عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن مهر البغىّ وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت » وأخرجه الدارقطنى بسندين فيهما ضعف . وفى الصحيحين عن أبى مسعود الأنصارى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغىّ وحلوان الكاهن » . وفى صحيح مسلم عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب » (ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته) فلا يجتمعان . وعارضه المصنف بوجهين : أحدهما (« أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ») وهو غريب بهذا اللفظ . نعم أخرج الترمذى عن أبى هريرة قال : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب إلا كلب صيد » وضعفه الترمذى قال : وقد روى أيضا عن جابر مرفوعا ولا يصح إسناده . والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء . لكن روى أبو حنيفة فى سنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمن كلب الصيد » وهذا سند جيد . فإن الهيثم ذكره ابن حبان فى الثقات من أثبات التابعين . فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وإن كان دونه فى القوّة عندهم . حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدّعاهم من عموم منع البيع . ثم دليل التخصيص مما يعالل ويخرج من العام مرة أخرى . وتعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به ، وخصوص الاصطياد ملغى إذ لايظهر موجب

صلى الله عليه وعلم « إن من السحت مهر البغىّ وثمن الكلب » السحت : هو الحرام . والبغىّ : الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء إلحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد (ولأنه نجس العين) بدلالة نجاسة سؤره فإنه متولد من اللحم ، وما كان كذلك لايجوز بيعه لأن النجاسة تشعر بهوان المحل ، وجوازه البيع بإعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا (ولنا « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ») وهى التى تحرس المواشى . واعترض بأن الدليل أخص من المدعى ، فإن المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا ، والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لاغير . وأجيب بأن ذكره لإبطال شمول العدم الذى هو مدعى الخصم ، وأما إثبات المدعى فثابت بحديث ذكره فى الأسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أنه قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كلب بأربعين درهما » من غير تخصيصه بنوع . وفيه نظر لأن الطحاوى حدّث فى شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عبد الله ابن عمرو « أنه قضى فى كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما » وهذا مخصوص بنوع كما ترى . وقيل الاستدلال

(قوله وترك التاء إلحاقا الخ) أقول : ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء فى حامل وحائض (قوله كقولهم ملحفة جديد) أقول : ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة بالملحاف (قوله « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كلب بأربعين درهما » الخ) أقول : ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له .

ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا يجوز بيعه ، بخلاف الهوامّ المؤذية لأنه لاينتفع بها ، والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء

لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به فى صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور . ومن مشى من أهل المذهب على التعميم فى جواز بيع الكلب يقول : كل كلب تتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل . ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولا نسخ بقياس . فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لاتربو عليه مفسدة ، ويدّعى فى العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لأن منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ماسواه . وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفى مذهب الخصم : أعنى شمول المنع فيحتاج بعده إلى دليل المذهب وليس إلا الوجه الثانى ، وعلى تقريرنا يتم الأول أيضا . وقد استدل فى الأسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه قضى فى كلب بأربعين درهما » ولم يخصص نوعا من أنواع الكلاب . وهذا الحديث أوّلا لايعرف إلا موقوفا حدّث به الطحاوى عن يونس وهو ابن عبد الأعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن عبد الله بن عمرو « أنه قضى فى كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى فى كلب ماشية بكبش » . وثانيا هو واقعة حال لاتوجب العموم فى أنواع الكلاب فجعلها دليلا على العموم خطأ ظاهر . ثانيهما هو قوله (ولأنه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا) يعنى مالا مملوكا متقوما . أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمى خلق لمنفعته المطلقة شرعا ، وهذا كذلك فكان مالا ، وأما أنه مملوك متقوم فلأنه محرز مأذون شرعا

يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثانى ماحق به دلالة (ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا) لفّ ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) . واعترض بوجهين : أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لابعينه ، وذلك لايدل على مالية عينه كالآدمى ينتفع بمنافعه بالإجارة وهو ليس بمال . والثانى أن شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة وليس بمال . وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لاقصدا فى المنفعة : ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لاتورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة وجميع مالا يؤكل لحمه . وعن الثانى بأن الخنزير محرم العين شرعا فثبتت الحرمة فى كل جزء وسقط التقوم والإباحة لضرورة الخرز لاتدل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه حالة المخمصة . وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت فى الفهد والنمر والذئب ، بخلاف الهوام المؤذية كالحيّات والعقارب والزنابير لأنها لاينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعى بالحديث المروى ، وتقريره ما روى عن إبراهيم أنه قال : روى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أنه رخص فى ثمن كلب الصيد » وذلك دليل على تقدم نهى انتسخ ، فإنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب ، وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ، ثم رخص لهم بعد ذلك فى ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب . فالحديث الذى رواه هو الذى كان فى الابتداء ، ويجوز أن يقال : الحديث مشترك الإلزام لأنه قال ثمن الكلب والثمن فى الحقيقة لا يكون

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول : أى فى الجواب عن استدلال الشافعى بالحديث المروى (قوله والثمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول : له أن يقول إطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته ، وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام « إن من السحت » كما فى مهر البغى وفى حرم بيعها وأكل ثمنها .

ولا نسلم نجاسة العين ، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع . وقال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها » ولأنه ليس بمال فى حقنا ،

فى الانتفاع به ، والملك يثبت بالإحراز بدار الإسلام والتقوّم بالتموّل ، وكلاهما مأذون فيه شرعا إذ قد أذن الشرع فى اقتناء كلب الماشية والصيد ، وإذا كان كذلك جاز بيعه . ولا يخفى أن هذا المعنى لايترجح على النص الصريح الصحيح . غاية ما فى الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال . فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك ، وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الأمر بقتل الكلاب كان أمرا محققا فى الأول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ماحدّث الطحاوى عن أبى بكرة قال : حدثنا سعيد بن عامر قال : حدثنا شعبة عن أبى التياح عن مطرف عن عبدالله بن المغفل قال : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ، ثم قال : مالى وللكلاب ؟ ثم رخص فى كلب الصيد وفى كلب آخر نسيه سعيد » . ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روى من التشديد فى سؤرها والنهى عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص فى بيع النوع الذى أذن فى اقتنائه ، الأول على الحالة الأولى والثانى على الثانية ، فكان منع البيع على العموم منسوخا بإطلاق بيع البعض بالضرورة . وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل إطلاق الانتفاع به . قال (ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لامنع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ، ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لإطلاق الانتفاع بهما عندنا ، بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها ، فإن ثبت شرعا إطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التى هى فى ضمنه ، وبه قال مشايخنا . وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص فى منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال : سألت ابن عباس عما يعصر من العنب ، فقال ابن عباس رضى الله عنهما « إن رجلا أهدى إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم راوية خمر ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل علمت أن الله حرّم شربها ؟ قال : لا ، قال : فسارّ إنسانا ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : بم ساررته ؟ قال : أمرته ببيعها ، فقال : إن الذى حرّم شربها حرّم بيعها ، قال ففتح المزادة حتى ذهب مافيها » وأخرج البخارى عن جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ قال : لا ، هو حرام ، ثم قال : قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه » وهذا يتم به

إلا فى المبايعة (قوله ولا نسلم نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع ، فإن تمليكه فى حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ماسيجىء . قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ) بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز : يعنى أنه باطل ، وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك فى البيوع . واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم « إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها » قال محمد فى كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة قال : حدثنا محمد بن قيس « أن رجلا من ثقيف يكنى أباعامر كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر ، فأهدى إليه فى العام الذى حرمت راوية كما كان يهدى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرّم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك ، قال : فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم :

وقد ذكرناه . قال (وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام فى ذلك الحديث « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين . قال (إلا فى الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال فى اعتقادهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون . دل عليه قول عمر : ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها . قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف

شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة . وقوله (وقد ذكرناه) يعنى فى باب البيع الفاسد ويقوم إشكالا على جواز بيع السرقين ، اللهم إلا أن يقال : لاشك أنه لابد من تقدير فى نحو : حرمت الخمر ، فإنا بينا فى الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقدر إضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير ، فقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث « إن الله إذا حرم شيئا » يعنى إذا حرّم ما هو المقصود من الشىء « حرم بيعه وأكل ثمنه » كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب ، وليس هذا الحديث فى السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع ، فإن قال النجاسة سبب ، قلنا : ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر . أما هذا الحديث فإنما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشىء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) يجوز لهم منها مايجوز للمسلمين ويمتنع عليهم مايمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها ، وقد التزموا أحكامنا بالإقامة فى دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم فى حيوان ولا نسيئة فى صرف ، وكذا كل مايكال ويوزن هم فى البيوع كالمسلمين (إلا فى الخمر والخنزير) فإنا نجيز بيع بعضهم بعضا لخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف فى كتاب الخراج عن إسرائيل بن إبراهيم عن عبد الأعلى قال : سمعت سويد بن غفلة يقول : حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال : ياهؤلاء إنه بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر ، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك ، فقال : فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ، ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم . والحديث الذى ذكره المصنف فى ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » لم يعرف (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال

يا أبا عامر إن الذى حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » قال (وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) قال محمد فى الأصل : لايجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، ولا يجوز السلم بينهم فى الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد ، وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفا واحدا ، هم فى البيوع بمنزلة أهل الإسلام . واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى ذلك الحديث « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولأنهم مكلفون يعنى بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة ؛ ومنها البيع فيكون مشروعا فى حقهم كما فى حق المسلمين ، إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة فى كونهما أموالا متقومة فى اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون ، دل على ذلك قول عمر رضى الله عنه لعماله حين حضروا إليه وقال لهم : ياهؤلاء إنه بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر ، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك ، فقال : فلا تفعلوا ذلك ، ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان) صورته أن

(قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول : وسيجىء هذا الحديث فى كتاب الغصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول : مقول قول عمر رضى الله تعالى عنه .

ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشترى والخمسمائة من الضامن . وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين) وأصله أن الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا ، وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعى لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا . ثم قد لايستفيد المشترى بها شيئا بأن زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبى كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة ، فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح . وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح .

بعت فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف وإباء أو ابتداء . قال فى بعض الشروح : ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسك إن شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا . فكذا هذا . وفى بعضها ما يفيد أنه إيجاب فإنه قال : ولو لم يكن إباء ولا مساومة وحصل إيجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك ، وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولفظة الأمر لاتكون فى البيع إيجابا على ما مر من أنه لو قال بعنى هذا بكذا فقال بعت لاينعقد حتى يقبل الآخر بعده ، بخلاف طلقى نفسك فى التفويض فى الخلع فلا بد أن المشترى يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ، ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة فى الثمن إلى بيعه ، والزيادة فى الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله . والضمان جائز الإضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع . وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لايعطيه إياه إن باعه بألف ، وهذه رشوة إذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط . ثم فى الأول إن كان بأمر المشترى كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن البيع على المشترى صار بألف وخمسمائة ، وللمشترى أن يرابح على ألف وخمسمائة ، ولوكانت دارا ولها شفيع أخذها بألف وخمسمائة . ولو رد

يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لايبيع إلا بألف وخمسمائة والمشترى لايرغب فيه إلا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فهو جائز ويأخذ الألف من المشترى والخمسمائة من الضامن ، وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن . والفرق بينهما ماذكره بناء على الأصل المار (أن الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله ، لأنه) أى الإلحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لايستفيد المشترى بتلك الزيادة شيئا بأن زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها) فصار الفضل فى ذلك كبدل الخلع فى كونه لايدخل فى ملك المرأة فى مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الأجنبى كهو ، لكن لابد من تسمية الزيادة لتتحقق المقابلة صورة وإن فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة ، فإذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح ، وإذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال ، والرشوة حرام لاتلتزم بالضمان . واعترض بأوجه : الأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل فى ملكه شيء من المعقود عليه . الثانى لوكان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشترى ويتحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق . الثالث أن أصل الثمن لايجوز أن يجب على الأجنبى والمبيع لغيره فكذلك الزيادة ، والفكر الصائب فى أصل هذه المسئلة يغنى عن هذه الأسئلة والجواب عنها ، ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق ، فإن ورود السؤال

(قوله بناء على الأصل المار) أقول : فى فصل بعد باب المرابحة .

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية ،

بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الألف على المشترى والخمسمائة على الضامن ، ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة فى حق المشترى فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على ألف ويأخذها الشفيع بألف . ولو تقايلا أو ردت بعيب أو تقايلا البيع فللأجنبى أن يسترد الخمسمائة . فإن قيل : ينبغى أن لايصح هذا لأن الشراء على أن الثمن على الأجنبى لايجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه . أجاب الكرخى بمنع كون الشراء على أن الثمن على الأجنبى لايجوز إذ لارواية فيه عن أصحابنا . وتعقبه الرازى بأن محمدا نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لايجوز لأنه شرط فى البيع كون تسليم الثمن على المشترى ، فأولى أن لايجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشترى ، ثم اختار أن القياس أن لايجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبى قتادة « فى الذى امتنع النبى صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذى عليه فالتزمه أبوقتادة رضى الله عنه فصلى عليه » فقد التزم دينا لافى مقابلة شىء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الأجنبى كذلك إذ لم يحصل للأجنبى فى مقابلتها شىء . ودفع بأنه لوكان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبى ولا يجوز ذلك . فالجواب هو ماذكره المصنف أن هذه الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن فى مقابلته شىء يسلم للملتزم وبدل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبى . وقد يقال : هذا التعليل قاصر ، فإن الزيادة كما لاتكون فى مقابلة شىء تكون فى مقابلة شىء ، ووجودها فى مقابلة شىء أكثر أحوال العقد ، فإن أحواله ثلاثة : كونه خاسرا ، ورابحا ، وعدلا . وكونها لافى مقابلة شىء فى وجه من الثلاثة ، وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الأغلبية فى المشابهة خصوصا إذا كان ينبى عليها حكم شرعى ، فالأولى ما قيل إن الزيادة ثبتت تبعا فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا . فإن قيل : لو ثبتت الزيادة ثمنا والأجنبى ضامن لها لزم جواز مطالبة المشترى بها كالكفيل . قلنا : لايلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصيل ؛ ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك ، وذلك لأن المشترى لم يلتزمها إنما التزم هذا القدر من الثمن الأجنبى والحكم لايثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشترى خلافا للأئمة الثلاثة . أما الأول فلوجود سبب ولاية الإنكاح على

إذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره ، وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزءا فجزءا فجاز أن يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل ، كالزيادة فى الثمن إذا كان المبيع يساوى الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشترى ثابتة بلا بدل ، ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبى كبدل الخلع ، وإذا جاز ذلك بطل بمن التزمه لاغير ، والملتزم فيما نحن فيه الأجنبى فلا يتوجه الطلب على المشترى وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن ، فإن أصل الثمن لابد وأن يقابله شىء من المال فلا يكون كالزيادة ، وحينئذ لايلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز مالايلزم وجوب شىء فى مقابلته . وقع فى الكتاب والخمسمائة بالألف واللام فى المضاف دون المضاف إليه ، وقيل لاخلاف فى امتناعه . وقال ابن عصفور : بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا ، وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغى أن لايعتقد إضافة الخمسة بل الجر فى المضاف إليه على حذف مضاف : أى الخمس خمسمائة . قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها الخ) رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوّجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح (لوجود سبب الولاية) للنكاح

وهو الملك فى الرقبة على الكمال وعليه المهر ، وهذا قبض) لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وإن لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لأنه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى : وجه الاستحسان أن فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا .

الأمة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما فى ملك نصفها لا يملك التزويج به ، وإنما جاز إنكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لأن البيع يفسد بالغرر دون النكاح ، وفى البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض ، والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه : أعنى المرأة قبل القبض ، ولأن القدرة على التسليم شرط فى البيع ، وذلك إنما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ؛ ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز . وحاصل هذا أنه تعايل النهى عن البيع قبل القبض ، وإذا كان كذلك لم يكن الوارد فى منع البيع قبل القبض واردا فى النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته : وأما الثانى فلأن وطء الزوج حصل بتسليط من المشترى فصار فعله كفعل المشترى . ولو وطئها المشترى كان قابضا فكذلك الزوج ، ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشترى قابضا استحسانا : حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع . والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله : حتى إذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لأن التزويج تعييب منه للمبيع ، وكذا يثبت خيار الرد إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج ، والمشترى إذا عيب المبيع يصير قابضا له . وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج تعييب حكمى بمعنى تقايل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر له وكالإقرار منه عليها بدين ، والمشترى إذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا مجرد التزويج ، بخلاف الفعل الحسى كان فقأ عينها مثلا أو قطع يدها فإنه إنما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل . واستشكل على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى : والجواب إنما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا ، والمعنى أن الفعل الذى يكون قبضا هو الفعل الحسى الذى يحصل الاستيلاء ، والقبض الحاصل بالعتق ضرورى ليس مما نحن فيه ، وذلك أنه إنهاء للملك ومن ضرورة إنهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لأنه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء . هذا وإذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد . قال الصدر الشهيد : والمختار قول أبى يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا ، وقيد القاضى الإمام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت ، حتى لو ماتت

(وهو الملك فى الرقبة على الكمال) وما ثمة مانع عن الجواز لأن المنع عن التصرف فى المبيع قبل القبض إنما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك ، وهذا التزويج يكون قبضا لأن الوطء لما كان بتسليط من جهة المشترى كان فعله كفعله (وإن لم يطأها) الزوج (فليس) أى مجرد التزويج (قبضا) استحسانا ، وفى القياس هو قبض وهو رواية عن أبى يوسف ، حتى إن هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لأن التزويج عيب حكمى ، حتى لو وجدها المشترى ذات زوج كان له أن يردها ، والمشترى إذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالإعتاق والتدبير والتعييب الحقيقى كقطع اليد وفقء العين : وجه الاستحسان أن فى التعييب الحقيقى استيلاء على المحل باتصال فعل منه إليه وبه يصير قابضا ، وليس ذلك فى الحكمى فلا يصير قابضا ،

(قوله وهذا التزويج) أقول : الظاهر أن الإشارة إلى الوطء .

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البينة أنه باعها إياه ، فإن كانت غيبته معروفة لم يبع فى دين البائع) لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع . وفيه إبطال حق المشترى(وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لأن ملك المشترى ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذى أقرّ به مشغولا بحقه ،

الجارية بعد النكاح قبل القبض لايبطل النكاح وإن بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض ونقد الثمن (فأقام البائع البينة أنه باعه إياه) ولم يقبض الثمن (فإن كانت غيبة) المشترى غيبة (معروفة لم يبعه) القاضى (فى دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع) فيكون إبطالا لحق المشترى فى العين المبيعة من غير ضرورة (وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا لبيع [1] وقوله وإن لم يدر أين هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو . وقول المصنف فى تعليل بيع القاضى (لأن ملك المشترى ظهر بإقراره) يعنى بإقرار البائع (فيظهر على الوجه الذى أقرّ به) وهوكونه (مشغولا بحقه) يبين أن البيع من القاضى ليس

والإعتاق والتدبير إتلاف للمالية وإنهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضا . قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشترى الخ)رجل اشترى منقولا فغاب المشترى قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطالب البائع من القاضى بيع العبد بثمنه لم يلتفت إلى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة ، فإذا أقامها فلا يخلو إما أن تكون الغيبة معروفة أو لا ، فإن كان الأول لم يبعه فى الدين لأن وصول البائع إلى حقه بدون البيع ممكن وفى البيع إبطال حق المشترى ، وإن كان الثانى باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشترى ظهر بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذى أقرّ به وقد أقرّ به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك ، وهذا لأن العبد فى يده والقول قول الإنسان فيما فى يده ، فلو ادعى الملك كان مسموعا ، ولو أقرّ به لغيره كاملا صح بحكم اليد ، فكذا إذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضى الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضى فيه ، كالراهن إذا مات فإن المرتهن أحق بالمرهون يباع فى دينه إن تعذر الاستيفاء ، والمشترى إذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فإن المبيع يباع فى ثمنه ، بخلاف ما إذا قبض المشترى المبيع فإن بينة البائع لم تقبل لأن حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين فى ذمة المشترى فتكون البينة لإثبات الدين والإثبات على الغائب ممتنع عندنا . وفيه بحث من أوجه : الأول أن إقامة البينة على الغائب لاتجوز لأنها تعتمد إنكار الخصم وذلك من الغائب مجهول . الثانى أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف فى المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه . الثالث أن ذلك يفضى إلى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لايجوز ، وفى ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم . والجواب عن الأول أن إقامة البينة كما ذكرنا لنفى التهمة لا للقضاء ، وإنما القاضى يقضى بموجب إقرار المقرّ بما فى يده ، وفى ذلك لايحتاج إلى إنكار الخصم . وعن الثانى من وجهين : أحدهما قول بعض المشايخ إن القاضى ينصب من يقبض العبد للمشترى ثم يبيع لأن بيع القاضى كبيع المشترى فلا يجوز قبل القبض . وردّ بأن المشترى ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه . وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره . والثانى أن البيع هاهنا غير مقصود ، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ، ويجوز أن يثبت ضمنا مالا يثبت قصدا . وعن الثالث ماذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب ، وإنما هو قضاء على الحاضر بالإقرار بما فى يده ، وذلك إنما يكون إذا لم يقبضه المشترى ،

(قوله والثانى أن البيع هاهنا غير مقصود الخ) أقول : فيه تأمل .

---

(١) (قول الفتح : مفعولا ثانيا لبيع) صوابه لأوفى كما هو ظاهر ، كتبه مصححه .

وإذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضى فيه كالراهن إذا مات والمشترى إذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض . بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقا به . ثم إن فضل شيء يمسك للمشترى لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضا . قال (فإن كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه . وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه .

بهذه البينة لأنها لاتقام لإثبات الدين على الغائب فما هى إلا لكشف الحال ليجيبه القاضى إلى البيع نظرا للغائب لا ليثبت عليه فإنه لو لم يقمها لم يجبه إلى ذلك (وإذا تعذر استيفاؤه) والفرض أنه أحق بمالية هذا العبد لأنه كالرهن فى يده إلى استيفاء الثمن ، حتى لو مات المشترى مفلسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن إذا مات الراهن فإنه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضى على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لأن حقه) أى البائع (لم يبق معلقا به) بل هو دين فى ذمة المشترى والبينة حينئذ لإثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضى من البيع وقضاء الدين ، وهذا طريق الإمام السرخسى رحمه الله ، وتقرير شيخ الإسلام يشعر بخلافه حيث قال : القياس أن لاتقبل هذه البينة لأنها على إثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكمى ، فهو كمن أقامها على غائب لايعرف مكانه لا تقبل ، وإن كان لايصل إلى حقه . وفى الاستحسان تقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشترى وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضى ناظر لإحياء حقوق الناس فكان للقاضى أن يقبلها لدفع البلية ، بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا على الغائب لينزع شيئا من يده لايقبلها . والإجماع فى مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه إزالة يد الغائب عما فى يده لأن البائع يستوفى حقه مما فى يده . وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض . أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضى من يقبضه ثم يبيعه . وقال آخرون : لايحتاج إلى ذلك لأن هذا البيع يثبت ضمنا لأنه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع بإحياء حقه والبيع ضمن له . هذا إذا كان المشترى واحدا فغاب ، فلو كان المشترى اثنين فغاب أحدهما قبل إعطاء الثمن فالحاضر لايملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق ، فلو نقده اختلفوا فى مواضع : الأول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب ؟ عند أبى يوسف لا ، وعند أبى حنيفة ومحمد يجبر . والثانى لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر ؟ عند أبى يوسف لا ، بل لايقبض إلا نصيبه على وجه المهايأة ، وعندهما يجبر . والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده ؟

فأما إذا قبضه فلا يكون ذلك ، وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم (ثم إذا باعه ، فإن فضل شيء يمسك للمشترى لأنه بدل حقه ، وإن نقص يتبع هو) أى يتبع البائع المشترى ، فإن كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لايملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن ، فإذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد إلى الحاضر ، وإذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لأجله ، وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفى مانقده عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : لايجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ، ولو قبل لايجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لايقبض إلا نصيبه مهايأة لا غير ، فإذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب إذا حضر بما نقده لأجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع فى ذلك (وهو أجنبى عن نصيب صاحبه) فليس له القبض

ولهما أنه مضطر فيه لأنه لايمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة ، وله حق الحبس مابقى شىء منه ، والمضطر يرجع كمعير الرهن ، وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه إلى أن يستوفى حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه . قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية ، وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة

عند أبى يوسف لا ، وعندهما يرجع ، وللحاضر حبس نصيب الغائب إذا حضر حتى يعطيه مانقده عنه . وجه أبى يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع ، وإذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لأنه أجنبى عنها (ولهما أنه مضطر فيه) أى فى دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بماله إلا بأداء الجميع ، لأن البيع الصادر إليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس ، وصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب ، فإن المعير إذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لأنه مضطر فيه ، وصار كصاحب العلو إذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل إذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه ، غير أن فى مسئلة السفل لايفترق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا ، وفى مسئلتنا لايثبت له حق الرجوع إلا إذا كان غائبا ، لأنه إذا كان حاضرا لايكون مضطرا فى إيفاء الكل ، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه ، بخلاف مسئلة السفل فإن صاحب العلو لو خاصمه فى أن يبنى السفل لايقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أى للحاضر . ومثل صورة حضورهما فى عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لأنه غير مضطر فى نقد حصة الغائب ، إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره التمرتاشى . وإذا ثبت حق الحبس فى مسئلتنا للحاضر فله حبسه إلى أن يستوفى الكل ، ولو بقى درهم كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس المبيع عن الموكل إلى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ)

(ولهما أنه مضطر فيه لأنه لايمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ، ولكون البائع له حق الحبس ما بقى شىء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن) فإن من أعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فإنه يرجع على الراهن بما أدى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لاضطراره فى القضاء ، وهذا مما لاينكر فإن للضرورات أحكاما . فإن قيل : لوكان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته ، فإنه لايقدر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه . فالجواب أن الاضطرار فى حالة حضوره مفقود لإمكان أن يخاصمه إلى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته ، وعلى هذا ظهر الفرق بين مانحن فيه وبين ما إذا استأجر دارا فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الأجرة فإنه يكون متبرعا بالإجماع لكونه غير مضطر فى نقد نصيب صاحبه من الأجرة إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة . كذا ذكره الإمام التمرتاشى (وإذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفى حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه) على ماسيجىء إن شاء الله تعالى . قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشتريتها

لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود فى كل واحد منهما ، قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لايعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف :

صورتها أن يقول : اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ . ولفظ الجامع : فى رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها . بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير لايحتاج إلى بيان الصفة وينصرف إلى الجياد . وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بلفظ المضارع وإن احتمل العدة إذا أراد به الحال . وقيل بل هذه العبارة مساومة ، والمعنى أنه إذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام . وفيه أن إضافة المثقال إلى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة أيضا مضافا إليها المثقال ، وينفى وهم أن يفسد لجهالة الفضة لأن المثقال غالب فى الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف إليهما ، وكذا صفة الجودة لأن العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين ، فالمثقال المتقدم فسره بالذهب والفضة ؛ ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا فإنهما مضافان . ذكره فى كشف الغوامض . وفى المبسوط : لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لأنه المتعارف فى الدراهم فينصرف إليه ، وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة ، لأن المتعارف فى وزن الذهب والفضة ذلك . وليس معهما مايصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف إلى الوزن المعهود فى كل منهما ويجب كون هذا إذا كان المتعارف فى بلد العقد فى اسم الدراهم مابوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم . وأما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس . إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام فى كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضا أو سلما أو غصبا أو وديعة أو بيعا أو شراء أو مهرا أو وصية أو كفالة أو جعلا فى خلع ؛ ومنه ما لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو) أى رب الدين (لايعلم) أنها زيوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشىء وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف :

بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء) لأنه عطف على المضاف إليه ، وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة ، وليس أولوية لأحدهما على الآخر فيجب التساوى . قيل وكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لأن الناس لايتبايعون بالتبر ؛ ولا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها فى الجامع الصغير وبيوع الأصل : ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوما من أول كتاب البيوع أن ذلك لابد منه . ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما فى الأول للعطف ، إلا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لأنه هو المتعارف فى وزن الدراهم . ولقائل أن يقول : النظر إلى المتعارف يقتضى أن ينصرف إلى ما هو المتعارف فى البلد الذى وقع فيه العقد . قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جياد (فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف:

يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لأن حقه فى الوصف مرعى كهو فى الأصل ، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا . ولهما أنه من جنس حقه . حتى لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا فى الجودة ، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له

له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد) وذكر فخر الإسلام وغيره أن قولهما قياس ، وقول أبى يوسف هو الاستحسان . له أن حقه فى الجودة مرعى كحقه فى المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا) من ضمان الأصل ليصل إلى الوصف (ولهما أنه) أى الزيوف (من جنس حقه ، حتى لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء ، وإنما يبقى حقه فى الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه) يعنى هو إيجاب للقابض على نفسه (ولا نظير له) فى الشرع إلا أن أبا يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من إيجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة فهلكت أليس يرد مثلها ، فإن قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بها . قلنا : وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف إلا إن علم فرضى باعتبار أنه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لأنه قبض جنس حقه ، فإذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه إذ المديون لا يضمنه شيئا . قلنا : يجوز ذلك إذا أفاد كالمولى إذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون ، وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشراء الإنسان مال نفسه إلا إذا أفاد ، ويجوز أن يشترى مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون ، وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له فى الشرع . ويجاب بمنع الاتحاد فى المستشهد به ، بل الضمان فى المأذون للغرماء وهنا المقبوض كله ملك ، ومن له الحق ومن عليه واحد وهو ربّ الدين ولا نظير له . وفى النوازل : اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد لأنه إنما يأخذ بما اشترى ، ولو باعها مرابحة فإن رأس المال الجياد . وفى الأجناس : اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد . قال أبو جعفر : لا يحنث ، وقال أبو يوسف : يحنث ، والله الموفق .

يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لأن حقه فى الوصف مرعى) من حيث الجودة ، كما أن حقه مرعى فى الأصل من حيث القدر ، فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا إذا نقص فى كيفيته ، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا . ولأبى حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوّز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصلا ، فلم يبق حقه إلا فى الجودة وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ، ولا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حينئذ هو الأصل ، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره إيجاب عليه له ، ولا نظير له فى الشرع . واعترض بوجهين : أحدهما أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد وهاهنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكا له حتى لو اشترى صح . والثانى أن المقصود الأصلى هو إحياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر . والجواب عن الأول أن الفائدة ثمة إنما هى

قال (وإذا أفرخ طير فى أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكنس فيها ظبى) لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه . وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه ، وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف

(قوله ولو أفرخ طير فى أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا إذا باض فيها وكذا إذا تكنس فيها ظبي) أى دخل كناسه والكناس بيت الظبي . وفى بعض النسخ تكسر : أى وقع فيها فتكسر . ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا للآخذ ، ولا يختص بصاحب الأرض (لأنه) أى لأن كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح فى نسخة لأنها (مباح سبقت يده) أى يد الآخذ إليه (ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لأنه المقصود بقوله تعالى - تناله أيديكم - فى قوله تعالى - ليبلونكم الله بشىء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم - كذا ذكر . وقوله (وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك) جملة حالية هى قيد لقوله فهو لمن أخذه : أى إنما يكون للآخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها ، فإن كان أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل ربّ الأرض يصير بذلك قابضا حكما ، كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لأنه لم يعدها الآن للأخذ ، وكما إذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه ، وإن علم به وأغلق الباب عليه أو سدّ الكوّة كان لصاحب الدار ، وكذا إذا وقع فى ثيابه النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكفّ ثوبه على الساقط فيه ، وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان : أى للآخذ فى زمان عدم كفه الثوب . وقوله أو كان مستعدا له : أى للنثار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره ، فإذا كفه أو كان مستعدا فهو له ، أما إذا عسل النحل فى أرضه فهو لصاحب الأرض لأنه عدّ من أنزاله : أى من زيادات الأرض : أى ما ينبت فيها فيملكه تبعا للأرض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها : والأنزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لأنه ١ وهو عائد على الأرض وهى مؤنثة على تأويل المكان ، ومثله وقع فى شعر العرب قال :

للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه. وعن الثانى أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعا له .

قال (وإذا أفرخ طير فى أرض رجل الخ) إذا أفرخ طير فى أرض رجل ولم يعدّها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه ، وكذا إذا باض فيها أو تكنس فيها ظبي) وفى بعض النسخ : تكسر فيها ظبي (لأنه مباح سبقت يده إليه) فيملكه (ولأنه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحديث ، وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض إنسان فإنه للآخذ دون صاحب الأرض . والتكنس: التستر ، ومعناه فى الأصل دخل فى الكناس وهو موضع الظبي ، ومعنى تكسر انكسر رجله ، وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض فى معنى الصيد لأنه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) (قوله وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك) إشارة إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له ، فأما إذا لم يعدها فهى كشبكة

(قوله وعن الثانى أن الوصف تابع الخ) أقول : هذا يرجع إلى تغيير الدليل ، والله أعلم .

(١) (قول الفتح : وذكر ضمير لأنه الخ) هكذا فى الأصل ، ولعل فى العبارة تحريفا ، والصواب وذكر ضمير أنزاله وهو عائد الخ كتبه مصححه .

وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السكر والدراهم فى ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعدا له ، بخلاف ما إذا عسل النحل فى أرضه لأنه عد من أنزاله فيملكه تبعا لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فى أرضه بجريان المـاء ، والله أعلم .

(كتاب الصرف) أى هذا كتاب فى بيان أحكام الصرف

فلا مزنة ودقت ودقها ولا أرض أبقل إبقالها

ومن جنس هذه المسائل : لو اتخذ فى أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ماكه ؛ ولو اتخذت لغيره ، فمن أخذ السمك فهو له ، وكذا فى حفر الحفيرة إذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل ، فإن كان وضعه للماء فهولصاحبه وإلا فالمـاء للآخذ ، ولو باض صيد فى أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فنعه صاحب الأرض : فإن كان فى موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه قريبا منه بأن كان بحضرته كان الصيد لرب الأرض كأنه أخذه عنده ، وإن لم يكن بحضرته لايملك .

(كتاب الصرف)

لمـا كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا . وأيضا لمـا كان عقدا على الأثمان والثمن فى الجملة تبع لمـا هو المقصود من البيع أخرعن البيوع المتضمنة للمقاصد الأصلية : أعنى المبيعات ، ومفهومه لغة وشرعا يذكره المصنف ، وشرطه التقابض للبداين قبل الافتراق وإن اختلف الجنس ، ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذى يحصل به التعيين ، بخلاف خيار الرؤية ، والعيب لايمنع الملك فى المبيع فلا يمنع تمام القبض ، فلو افترقا وفى الصرف خيار عيب أو رؤية جاز إلا أنه لايتصور فى النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينعقد على مثلها لاعينها ، حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره ، وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الأوانى والحلى . ولو أسقطا فى المجلس خيار الشرط والأجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر . وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فإنما هو حكمه . والجواب أن المختار أنه ليس

نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للآخذ وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السكر والدراهم فى ثيابه مالم يكفه) أى يضمه إلى نفسه (أوكان مستعدا له ، بخلاف ما إذا عسل النحل فى أرضه) فإن العسل لصاحبها (لأنه عدّ من أنزاله) أى من أنزال الأرض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه ، والفرق بينهما أن العسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء) بخلاف الصيد ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الصرف)

(كتاب الصرف)

قال (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) سمى به للحاجة إلى النقل فى بدليه من يد إلى يد . والصرف هو النقل والرد لغة . أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لاينتفع بعينه . والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا .

إلا شرط بقائه على الصحة : فالإشكال على قول البعض القائلين إنه شرط الجواز . وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفى إيجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا أو متقدما شرعا وإن كان متأخرا صورة ، ولا يخفى أنه ينبغى أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر . وأما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض . وهذا قول القدورى (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) وإنما قال من جنس الأثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد ، فإن المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف ؛ وإنما سمى اصطلاحا به لأن مفهومه اللغوى هو النقل : ومنه فى دعاء الاستخارة : « فاصرفه عنى واصرفنى عنه » ونقل كل من البدلين عن مالكه إلى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان فى المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أى معناه اللغوى الزيادة : وهذا العقد لايقصد به إلا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر فى الغالب لأنه لاينتفع بعينه ، بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار ، والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل وإلا خلا العقد عن الفائدة ، والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا فى قوله صلى الله عليه وسلم « من انتمى إلى غير أبيه لايقبل الله منه صرفا ولا عدلا » فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التى هى الزيادة ، والعدل الفرض الذى هو حق مستحق عليه ، ولا شك فى مناسبة تسمية الفرض عدلا فقيل عليه قد فسر الزمخشرى بغير هذا. قال فى الفائق :

الصرف بيع خاص ، وهو الذى يكون كل واحد من العوضين من جنس الأثمان ، وقد تقدم ما يدل على تأخيره على السلم فى أول السلم ، وسمى هذا العقد صرفا لأحد المعنيين : إما (للحاجة إلى النقل فى بدليه من يد إلى يد . والصرف هو النقل والرد لغة ، وإما لأنه لايطلب به إلا الزيادة) يعنى لايطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة ، إذ النقود لاينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب ، فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة فى يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا : وقد دل على مشروعيته قوله تعالى ـ وأحل الله البيع ـ الآية ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب » الحديث ، وإذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة ، كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أى من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم « من انتمى إلى غير أبيه لايقبل الله منه صرفا ولا عدلا » والعدل هو الفرض ، سمى به لكونه أداء الحق إلى المستحق : وشروطه على الإجمال : التقابض قبل الافتراق بدنا ، وأن لايكون فيه خيار ولا تأجيل . وأقسامه ثلاثة : بيع الذهب بالذهب ، وبيع الفضة بالفضة ، وبيع

(قوله وقد تقدم مايدل على تأخيره عن السلم) أقول : الذى يهمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لايخفى ، لكن ذلك يعلم منه أيضا فاكتفى به (قوله ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول : الأظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته قوله ـ وأحل الله البيع ـ الخ) أقول : البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس بمشروع . فإن قيل : ماذكره مشروع بأصله . قلنا : فليكن مانحن فيه كذلك أيضا ، وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الإجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول : والشرط الأول لايغنى عن الثالث إذ المراد عد شروط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا ، فإذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل .

قال (فإن باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفا فى الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا » الحديث. وقال عليه الصلاة والسلام « جيدها ورديئها سواء » وقد ذكرناه فى البيوع .

فى ذكره صلى الله عليه وسلم لأمر المدينة « من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة ، لا يقبل منه صرف ولا عدل » الصرف : التوبة لأنه صرف النفس عن الفجور إلى البرّ . والعدل : الفدية من المعادلة والفداء يعادل نفسه ، والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد . والجواب أن أهل اللغة اختلفوا فى ذلك ، فقد ذكر فى الجمهرة عن بعض أهل اللغة : الصرف الفريضة ، والعدل النافلة . وفى الغريبين عن بعضهم : الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف . ولا اعتراض مع أنه الأنسب . واعلم أن الأموال تنقسم إلى ثمن كل حال وهى الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أولا ، وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره . وإلى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الأمثال من العروض كالثياب والحيوان ، وإلى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون ، فإنها إذا عينت فى العقد كانت مبيعة ؛ وإن لم تعين ، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن ، وإن لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهى مبيعة ، وهذا لأن الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة . قال الفراء فى قوله تعالى - وشروه بثمن بخس - الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد إلا دينا خلافا للأئمة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة إذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة فى البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها . هذا تقسيم المال باعتباره فى نفسه ، وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهو فى الأصل سلعة ، فإن كانت رائجة فهى ثمن لا تتعين بالتعيين ، وإن كانت كاسدة فهى سلعة كالفلوس (قوله فإن باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل) يعنى فى العلم لا بحسب نفس الأمر فقط (وإن اختلفا فى الجودة والصياغة) فيدخل الإناء بالإناء ، فلو باعاهما مجازفة ولم يعلما كيهما وكانا فى نفس الأمر متساويين لم يجز ، ولو وزنا فى المجلس فظهرا متساويين يجوز ، وعند أبى حنيفة لا يجوز ، ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز ، وإن كانا متساويين خلافا لزفر . هو يقول : الشرط التساوى وقد ثبت ، واشتراط العلم به زيادة بلا دليل . قلنا : بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم فى هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا ، وما لم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ؛ ومقتضى هذا أن لا يجوز إذا وزن فى المجلس فظهر متساويا أيضا ، لكن جاز فى الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ الآن لأن ساعاته كساعة واحدة . وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا معلوما فلعدم العلم بالمساواة كيلا ، إذ المساواة وزنا تستلزمه بالنسبة إلى الكيل ، والمعتبر فيما كان مكيلا فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف . وعن هذا إذا اقتسما مكيلا موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع . واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل » الحديث) وقد تقدم ، وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر : أى بيعوا ، والأولى حيث كان الذهب

أحدهما بالآخر . قال (فإن باع فضة بفضة الخ) فإن باع رجل فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل ، وإن اختلفا فى الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل » الحديث ، والمراد به المماثلة فى القدر لا فى الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم « جيدها ورديئها سواء » وقد ذكر ذلك فى كتاب البيوع فى باب الربا : حدث محمد رحمه الله فى أول كتاب الصرف

قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما رويناه[١] ، ولقول عمر رضى الله عنه : وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره[٢] ، ولأنه لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ[٣] ثم لابد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ، ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء

مرفوعا فى الحديث أن يجعل عامله متعلق المجرور : أى الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل . نعم حديث الخدرى فى البخارى عنه صلى الله عليه وسلم « لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل » ظاهر فى أنه مفرغ للحال . وبقية الحديث « ولا تشفوا بعضها على بعض . ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل . ولا تشفوا بعضها على بعض . ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » والشف بالكسر من الأضداد يقال للنقصان والزيادة . والمراد هنا لاتزيدوا بعضها على بعض . ولا يتضح فى معنى النقص وإلا لقال ولا تشفوا بعضها عن بعض . وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا فى حديث البخارى المذكور تفسير لمثلا بمثل ، فإن المثلية أعم : ففسرها بأنها من حيث المقدار . وتقدم حديث « جيدها ورديئها سواء » أيضا . وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبى حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال : أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه بإناء كسروانى قد أحكمت صياغته ، فبعثنى به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة ، فذكرت ذلك لعمر فقال : أما الزيادة فلا . هذا ويدخل فى إطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية ، حتى لو باع إناء فضة أو ذهب بإناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لايجوز . بخلاف إناءين من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضا . وذلك لأن صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا او تعورف ذلك ، بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) بإجماع الفقهاء . وفى فوائد القدورى : المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد ، وذكرنا آنفا أن المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله : فإذا افترقا بطل العقد ، وإنما يبطل بعد وجوده وهو الأصح : وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولا يفسد على القول الأصح : وقوله (لما رويناه) يعنى قوله

فى الأصل عن أبى حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال : أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه بإناء كسروانى قد أحكمت صياغته ، فبعثنى به لأبيعه ، فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال : أما الزيادة فلا . قال (ولا بدا من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالأبدان واجب بالمنقول وهو (ما رويناه من قوله « يدا بيد » وقول عمر رضى الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو فى الدلالة على وجوب القبض كما ترى . وبالمعقول وهو (أنه لابد من قبض أحدهما إخراجا للعقد عن الكالئ بالكالئ وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربا) (قوله فى الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفى وهو قوله ثم لابد (قوله ولأن أحدهما) دليل آخر ، وتقريره أن أحد العوضين ليس أولى بالقبض

(قال المصنف : تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا) أقول : سيجىء بيان لزوم الربا من الشيخ أكمل الدين فى شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول : صاحب القيل هو الإتقانى ، والأظهر أن يكون معطوفا على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المعنى .

كانا يتعينان كالمصوغ أو لايتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا ، ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا ، والمراد منه الافتراق بالأبدان ، حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا فى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لايبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنه

« يدا بيد » وكذا ما روينا من حديث البخارى قوله صلى الله عليه وسلم « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » وقول عمر : وإن استنظرك إلى آخره ، رواه مالك فى الموطإ عنه قال « لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز ، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدا بيد . هات وهات . إنى أخشى عليكم كالربا » وفى رواية قال « الرما » بالميم وهو الربا . ورواه عبدالرزاق وقال : أن يدخل بيته . ولما ثبت نص الشرع بإلزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف ، وحله أن للتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل فى أحد العوضين وهو الربا . ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم فى قبض العوضين لجواز أن يجعلا معا نسيئة قال : لابد شرعا من قبض أحد العوضين كى لايلزم الكالئ بالكالئ : أى الدين بالدين فلولم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا . وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لأنهما مستويان فى معنى الثمنية ، فإذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الأولوية . فإن قيل : تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لايتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وإن كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ . فأجاب بأن ذلك لإطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة » وعال الإطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين إذ فيه شبهة الثمنية إذ قد خلق ثمنا ، والشبهة فى باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة . ولما كان المعول عليه تناول

من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق فى ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لايتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لإطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب » الحديث ، وهو يتناول المصوغ وغيره (قوله ولأنه إن كان يتعين الخ) جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لايصح لأنه كالئ بكالئ ، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعين . وتقريره أن المصوغ وإن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا . فإن قيل : فعلى هذا التقرير يلزم فى بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لأن فى بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل ، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها . أجيب بأن عدم الجواز فى المضروب نسيئة بقوله « يدا بيد » لا بالشبهة لأن الحكم فى موضع النص مضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة فى هذه الصورة باعتبار الشبهة (والمراد بالافتراق مايكون بالأبدان حتى لو مشيا معا إلى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لايبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنهما :

(قوله فإن قيل : إلى قوله : بالمصوغ نسيئة الخ) أقول : المراد بقوله نسيئة انتفاء القبض لا التأجيل كما لايخفى على المتأمل فى السياق (قوله فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة) أقول : أى بلا قبض (قوله كان بالنظر إلى كونه الخ) أقول : فإذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسيئة . وتمام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة إلى ماسبق فى باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعى فى عدم اشتراط القبض فى سائر الأموال الربوية فراجعه (قوله أجيب بأن عدم الجواز فى المضروب نسيئة الخ) أقول : أى بدون القبض (قوله بقوله يدا بيد) أقول : إذ معناه عينا بعين على ما سلف فى باب الربا ، والتعين فى المضروب لايتحقق إلا بالقبض كما بين فثبت اشتراط القبض فيه بالنص ، بخلاف المصوغ فإن تعينه لايتوقف على القبض إذ هو مبيع متعين فى نفسه ، إلا أن فيه شبهة عدم التعين بالنظر إلى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جاء من هذه الشبهة فليتأمل .

لو) إنْ وثب من سطح فثِبْ معه ، وكذا المعتبر ما ذكرناه فى قبض (٢) رأس مال السلم . بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض فيه (وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض)

النص بإطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص إلحاق شبهة شبهة الربا بشبهة الربا فى هذا الحكم . وقوله فى جهة واحدة لأنهما لو مشيا كل فى جهة كان افتراقا مبطلا . وقول ابن عمر : وإن وثبَ من سطح فثب . يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان ، بل إذا لم يوافقه الآخر فيه ، وهذا لأن بمجرد وثوب أحدهما اختلاف مكانهما ولم يعتبر مانعا إلا إذا لم يثب معه . وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث ، وذكره فى المبسوط فقال : وعن أبى جبلة قال : سألت عبد الله بن عمر فقلت : « إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة ، فنبتاع ورقهم العشر بتسعة ونصف ، فقال : لاتفعل ، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ، ولاتفارقه حتى تستوفى . وإن وثب عن سطح فثب معه » . وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس . وعن ابن عباس أيضا رجوعه ، وفيه دليل أن المفتى إذا أجاب لابأس أن يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال « بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » إنما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لإسقاط الوجوبات . قال (وكذا المعتبر فى قبض (٢) رأس مال السلم) يعنى أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار المخيرة) فإنها لو قامت قبل الاختيار بطل ، وكذا إذا مشت مع زوجها فى جهة واحدة فإن ذلك دليل إعراضها عما كانت فيه لأن المعتبر فى الإبطال هناك دليل الإعراض ، والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس ، ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لايبطل لو ناما فى المجلس قبل الافتراق أو أغمى عليهما أو طال قعودهما . وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الإعراض كالقيام من المجلس ، حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ، ولو ناما جالسين فلا . وعنه : القعود الطويل فرقة دون القصير ، ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التى لى عليك بالدنانير التى لك على فقال قبلت كان باطلا ، وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأنهما متفرقان . وعن محمد لو قال الأب اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابنى الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل . هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما فى رأس مال السلم (قوله وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبى

وإن وثب من سطح فثب معه) وقصته ما روى عن أبى جبلة . قال : وسألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فقلت : إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف ، فقال : لاتفعل ، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ، ولا تفارقه حتى تستوفى ، وإن وثب من سطح فثب معه » . وفيه دليل على أن المفتى إذا بين جواب ما سئل عنه لابأس أن يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ، ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل . وقيد مشيهما بجهة واحدة ، لأنه لو مشيا إلى جهتين يوجب تفرق الأبدان ، وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر فى قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار المخيرة) يرجع إلى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشى المخيرة مع زوجها وإن كان إلى جهة واحدة يبطل خيارها لأنه يبطل بالإعراض (وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض

(قوله يرجع ، إلى قوله : لم يبطل الصرف) أقول : بل يرجع إلى قوله المراد منه الافتراق بالأبدان فتأمل تدبر ، ثم قوله بالأبدان على معنى دون المكان .

لقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء » (فإن افترقا فى الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثانى يفوت القبض المستحق ؛ إلا إذا أسقط الخيار فى المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله .

صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » قيل : ومعنى قوله ربا : أى حرام بإطلاق اسم الملزوم على اللازم ؛ ولا مانع من جعله فى حقيقته شرعا وأن اسم الربا تضمن الزيادة من الأموال الخاصة فى أحد العوضين فى قرض أو بيع . ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفى الحل فى كل حالة غيرها فيدخل فى عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوى والمجازفة فيحل كل ذلك . وقوله (إلا إذا أسقط الخيار فى المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان : أى شرط الخيار يفوّت الشرط إلا إذا أسقطه فلا يفوت فيعود إلى الجواز . وقدمنا نقل خلاف زفر فيه . هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد

لقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ») على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى ـ هاؤم اقرءوا كتابيه ـ (قوله فإن افترقا فى الصرف) متعلق بقوله ولابد من قبض العوضين : يعنى لبقاء العقد ، فإن افترقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح ، بخلاف قول من يقول إن القبض شرط الصحة ، فإن شرط الشىء يسبقه والقبض إنما هو بعد العقد ، وما أجيب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد ، إلا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ، فعلقنا الجواز بقبض يوجد فى المجلس لأن لمجلس العقد حكم حالة العقد كما فى الإيجاب والقبول ، فصار القبض الموجود بعد العقد فى مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ، ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز ، فكذا إذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء (ولهذا) أى ولأن الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار فى الصرف ولا الأجل) بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أنى بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر (لأن بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنعه الملك (وبالأجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن فى الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن فى الحال مستحقا وفى الأجل ذكر فى العقد ما ينافى القبض وذكر منافى الشىء مفوت له ، كذا قيل ، وكأنه راجع إلى أن فى الأول استحقاق القبض فائت ، وفى الثانى القبض المستحق شرعا فائت (قوله إلا إذا أسقط فى المجلس) يعنى منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك (فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره) استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس ، وإن أسقط الأجل فكذلك ، وإن أسقط أحدهما فكذلك فى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل لم يصح حتى

(قوله بخلاف قول من يقول : إن القبض شرط الصحة ، فإن شرط الشىء يسبقه الخ) أقول : فيه بحث ، وجوابه ظاهر (قوله وما أجيب به بأن شرط الجواز) أقول : قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يجىء بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمحل (قوله فعلقنا الجواز) أقول : فى التفريع تأمل لجواز أن يشترط القبض بالتراخى قبل العقد . وأما لو قال لما فيه من إيجاب إثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لاندفع ذلك (قوله وكأنه راجع إلى أن فى الأول استحقاق القبض فائت ، وفى الثانى القبض المستحق شرعا فائت) أقول : قوله استحقاق القبض فائت : أى لعدم الملك وقوله القبض المستحق : أى لكونه مالكا ، وقوله شرعا فائت : أى التأجيل .

قال(ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه . حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فى الثوب فاسد) لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى[1] . وفى تجويزه[2] فواته . وكان ينبغى أن يجوز العقد فى الثوب كما نقل عن زفر . لأن الدراهم لا تتعين[3] فينصرف العقد إلى مطلقها .

بالأجل فرق على قول أبى حنيفة فى مسئلة ، وهى ما إذا باع جارية فى عنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الألف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا . فإنه لو فسد بترك القبض بطل فى الطوق . وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ، ولو فسد بالأجل فسد فيهما عنده خلافا لهما . وفرق بأن فى الأول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو الصرف ، وفى الثانى انعقد أولا على الفساد فشاع . وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة . وفى الكامل : لو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صح فى المشهور . وليس فى الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لا ينفسخ بردها لأنه إنما وقع على مثلها . بخلاف التبر والحلى والأوانى من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لتعينه فيه . ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفا أو ستوقا فحكمه فى جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف . فالحاصل أنه لا يجوز التصرف فى أحد بدلى الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع ، فإن فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه ، فإن قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض ، وإذا تعذر الشرط ينتفى المشروط ، وإن لم يقبل لا ينتقض لأن البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد . وفرع عليه (ما لو باع دينارا بعشرة) مثلا (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فى الثوب فاسد ، لأن القبض) فى العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين ، فلو جاز البيع فى الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه . وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك . أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لأنه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا لأنه يرتفع والتقديم فيما إذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلا ، وقد نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لأن الثمن فى بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف

يرضى صاحبه ، والفرق يعرف فى شرح القدورى لمختصر الكرخى ؛ وقيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان فى الصرف كما فى سائر العقود ، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا فى العين لا الدين فإنه لا فائدة فى رده بالخيار إذ العقد لا ينفسخ برده وإنما يرجع بمثله ، ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة . قال (ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه الخ) التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز ، فإذا باع دينارا بعشرة دراهم ، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع فى الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى إذ الربا حرام حقا لله ، والقياس يقتضى جوازه كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فينصرف العقد إلى مطلق الدراهم ، إذ الإطلاق والإضافة إلى بدل الصرف إذ ذاك سواء ، وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة ، ولكنا نقول : الثمن فى باب الصرف مبيع لأن الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وإن كانا ثمنين خلقة ، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا فى المقايضة ، واعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وإن كان كل واحد مبيعا حقيقة . قيل لا نسلم عدم الأولوية فإن

(قوله حقا لله تعالى) أقول : إذ القبض واجب بالسنة (قوله إذ الربا حرام) أقول : يعنى النسيئة .

ولكنا نقول : الثمن فى باب الصرف مبيع لأن البيع لابد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لايجوز . وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما فى المسلم فيه . قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة)

لأن النقد لايتعين ، فإضافة العقد إلى بدل الصرف كعدم إضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها ، وهذا على إحدى الروايتين عنه أن النقود لاتتعين فى البياعات ؛ فأما على الرواية الأخرى عنه فيجب أن لايصح بيع الثوب كقولنا : قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط إيفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمتنع الجواز لإسقاط الثمن به ، كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ماذكروا فى عدم تعين النقد فى البيع من أنه لو أشار إلى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها . وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس إلا تعيين الثمن الدراهم ، فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ماذكروا فى عدم تعين الدراهم فى البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لا أنه لايتعين . لاجرم أن المصنف إنما أجاب بأن الثمن فى باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لايجوز : يعنى وإذا لم يجز لم يدخل فى ملك بائع الثوب ، وأنت تعلم أن زفر إنما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره ، ولا شك أن يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض ، فإذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف فى ثمنه كان بالضرورة قائلا بأن البيع انعقد موجبا دفع مثله ، ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا لثمن الثوب سواء سميته مبيعا أو ثمنا لأنه إنما يلزم بيع المبيع قبل القبض إذا لزم تسليمه بعينه ، وليس هنا هكذا ، فإن كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب وإعطاء ثمن يملكه البائع ، ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة إعطاء غيره ، وهكذا نقل القدورى عنه : أعنى أن البيع الثانى جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذى فى ذمة المشترى ، قال : وهذا على إحدى الروايتين عن زفر أن الدراهم لاتتعين ، فإذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف ، وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل . وتنظير النهاية بغاصب الدراهم إذا اشترى وأشار إليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لأن إجازة بيع الثوب على ماقررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) وكذا سائر الأموال الربوية ، بخلاف جنسها

ما دخله الباء أولى بالثمنية . وأجيب بأن ذلك فى الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التى هى غير الدراهم والدنانير إذا كانت دينا فى الذمة لافى الأثمان الخلقية . قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا ، فقال كونه مبيعا لايستلزم التعيين ، فإن المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين . وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لايشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك ، فإنه لو باع دينارا بدرهم وليسا فى ملكهما فاستقرضا فى المجلس وافترقا عن قبض صح . وأجيب بأن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه ، وإنما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله . قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) إذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة

(قال المصنف : ولكنا نقول : الثمن فى باب الصرف مبيع) أقول : ماثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر فى كونه مبيعا فيما إذا جعل فى مقابلة الثوب كما لايخفى ، ويؤيد ذلك ماسيجيء فى بيع الدراهم الغالبة الغش بمثلها متفاضلا حيث شرط القبض فى المجلس (قوله إذا كانت دينا) أقول : وقابلها مبيع .

لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض فى المجلس لما ذكرنا . بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفى مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة) لأن قبض حصة الطوق واجب فى المجلس لكونه بدل الصرف ، والظاهر منه الإتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بألفى مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق) لأن الأجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك إن باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا ، وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد . قال الله تعالى- يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله

كالحنطة بالشعير لأن المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أى فى بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن يشترط فيه القبض فى المجلس لما ذكرنا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» لكن العادة فى مثله أن يقول لما روينا ، ثم المراد بالمجلس ماقبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فيه ألف مثقال بألفى مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود إلى الطوق وإن لم ينص الدافع عليه ، وكذا لو قال خذه منهما صرف أيضا إلى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما ، إذ الظاهر قصدهما إلى الوجه المصحح لأن العقد لايفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة ، فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به ، بخلاف مالو صرح فقال خذ هذه الألف من ثمن الجارية فإن الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه . فإذا قبضه ثم افترقا بطل فى الطوق كما إذا لم يقبضه . فإن قلت : فى قوله خذه منهما عارضه أيضا . قلنا : لانسلم لأن المثنى قد استعمل فى الواحد أيضا (قال تعالى - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح ، و- يا معشر الجن

لأن المساواة فيه غير مشروطة ، لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا ، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فإنه لايجوز إذا لم يعرف المتعاقدين قدرهما وإن كانا متساويين فى الوزن فى الواقع لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لأن الفضل حينئذ موهوم والموهوم فى هذا الباب كالمحقق ، والنبى صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة فى علم الله لأنه لاسبيل إلى ذلك ، وإنما أراد المماثلة فى علم العاقدين ولم توجد ؛ وإن لم توجد ، فإن كانا وزنا فى المجلس وعلما فى المجلس تساويهما كان القياس أن لايجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لأن ساعات المجلس كساعة واحدة . وقال زفر رحمه الله : إذا عرف التساوى بالوزن جاز سواء كان فى المجلس أو بعده لأن الشرط هو المماثلة والفرض وجودها فى الواقع . والجواب ما قلنا إن المراد بها ماهو فى علمهما . قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لايخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن . باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بألفى مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق فى المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولامعارضة

(قوله إذا عرف التساوى بالوزن الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا لم يوزن أصلا فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره فى مسئلة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتأمل فى جوابه .

(فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية) لأنه صرف فيها (وكذا فى السيف إن كان لايتخلص إلا بضرر) لأنه لايمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لايجوز إفراده بالبيع كالجذع فى السقف (وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع فى السيف وبطل فى الحلية) لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ، وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه . فإن كانت مثله أو أقل منه أو لايدرى لايجوز البيع للربا أو لاحتماله . وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت .

والإنس ألم يأتكم رسل منكم ـ وإنما الرسل من الإنس فى مذهب أهل الحق ، وقال تعالى ـ نسيا حوتهما ـ وإنما نسيه فتى موسى . (وقال صلى الله عليه وسلم فى) قصة (مالك بن الحويرث وابن عم له : «إذا سافرتما فأذنا وأقيما» وإنما أراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى ـ قد أجيبت دعوتكما ـ والمراد دعوة موسى . إلا أنه قد قيل إن هارون كان يؤمن على دعائه . فإذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا . وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الأجل فى العقد شاع الفساد فى الجارية أيضا على قول أبى حنيفة رحمه الله ، لأن الفساد فى ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق . هذا ولقد وقع الإفراط فى تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصرى ووضع هذا المقدار فى العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب ، وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط ، بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لابد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه ، ومثل هذا فيما إذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فإنه يجب فيه هذه الاعتبارات ، ولو لم يتقابضا فى الصورتين حتى افترقا بطل فى حصة الطوق والحلية لأنه صرف فيها ويصح فى الجارية . وأما السيف فإن كانت الحلية لم تتخلص منه إلا بضرر فيه فسد فى السيف أيضا لأنه لايمكن تسليمه إلا بضرر فيه ، ولهذا لايجوز إفراده بالبيع كما مر فى جذع من سقف ، فإن كان

بين الواجب وغيره ، والظاهر من حال المسلم الإتيان بالواجب تفريغا للذمة ، كما إذا ترك سجدة صلاتية وسها أيضا ثم أتى بسجدتى السهو وسلم تصرف إحدى سجدتى السهو إلى الصلاتية وإن لم ينوها ليكون الإتيان بها على وجه الصحة ، وكذا لو اشتراها بألفى مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية ، والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز ، وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين ، فإن دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض من حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الإتيان بالواجب ، وإن صرح بذكرهما فكذلك لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد ، قال الله تعالى ـ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ـ وإنما يخرجان من أحدهما فيحمل عليه بقرينة الحال ، وإن قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه ، وإن قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أولا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والإضافة ، ولامساواة بعد تصريح من القول قوله أن المدفوع ثمن السيف . فإن لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية لأنه صرف فيها . وأما فى السيف فإن كان لايتخلص إلا بضرر فكذلك لعدم إمكان التسليم بدونه ، ولهذا لايجوز إفراده بالبيع كالجذع فى السقف وإن كان يتخلص بلا ضرر جاز فى السيف وبطل فى الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا إذا كانت الفضة المفردة) يعنى الثمن (أزيد مما فيه) أى المبيع تعميم للكلام لأن فرض المسئلة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه

(قوله وإن قال عن ثمن السيف ، إلى قوله : لأن الترجيح الخ) أقول : فيه بحث .

(١) (قوله : وقال صلى الله عليه وسلم ـ إلى قوله : أن يؤذن أحدهما) هذه العبارة ليست بنسخ الشرح التى بأيدينا ، اه مصححه .

قال (ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما) لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع (١) . قال (ولو استحق بعض الإناء فالمشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بحصته وإن شاء رده) لأن الشركة عيب فى الإناء (٢)

يتخاص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لأنه أمكن إفراده بالبيع وبطل فى الحلية خاصة . ثم الجواب فى المسئلتين مقيد بما إذا كانت الفضة المفردة : يعنى الثمن أكثر من الطوق والحلية . فإن كانت مثله أو أقل أو لايدرى واختلف المقوّمون فى ذلك لايجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما إذا لم يدر الحال ، وتقدم أنه لابدّ من العلم بالمساواة . فإن قيل : فى صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد . أجاب بأن جهة الفساد متعددة . فإنها من وجهين ، وهو تجويز الأقلية والمساواة ، بخلاف الصحة فإنها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد ، على أن مجرد احتمال الربا كاف فى الفساد فلا حاجة إلى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج إلى الجواب بأن المعنى أن احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف إذا اجتمعا ، وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع إناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض (و) لايشيع (١) (الفساد) فى الكل لأنه (طارئ) بعد صحة العقد فى الكل بناء على ماهو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فى الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض ، بخلاف ما لو استحق بعض الإناء فإن المشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بحصته وإن شاء رده (لأن الشركة عيب (٢)) ولم يحدث بصنعه ،

لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الأخر وهى أربعة : الأول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التى مع غيرها ، وهو جائز لأن مقدارها يقابلها والزائد يقابل الغير فلا يفضى الى الربا . والثانى أن يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز ، لأنه ربا لأن الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها . والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح . والرابع أن لايدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فإن الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض ، فإن لم يعلم به حكم بجوازه . والجواب أنّ مالا يدرى يجوز فى الواقع أن يكون مثلا وأن يكون أقل وأن يكون زائدا ، فإن كان زائدا جاز وإلا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت . واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح . وأجاب شمس الأئمة الكردرى رحمه الله بأن مراده أنه إذا كان أحدهما يكفى للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقى إذ لاتعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة . قال (ومن باع إناء فضة ثم افترقا الخ) ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا فى الإناء لأنه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد فى بعض دون بعض فصح : أى بقى صحيحا فى بعض وبطل فى آخر ، وهذا بناء على أن القبض فى المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع . لايقال : على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لأن تفريق الصفقة قبل تمامها لايجوز ، وهاهنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة . قال (ولو استحق بعض الإناء الخ) أى ولو استحق بعض الإناء فى هذه المسئلة

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له) لأنه لايضره التبعيض . قال (ومن باع درهمين و دينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة . ولهما أن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين ، والتغيير لايجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف ، كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لايجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب ، وكذا إذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لايجوز فى المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه . وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لايجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده . وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل

بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقى بحصتها (ولا خيار له لأنه لايضره التبعيض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لإمكان أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز) البيع (وجعل كل واحد) من الجنسين (بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايجوز ، وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين ، وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما أن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أى تصرف العاقد (لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع

فالمشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بحصته وإن شاء رد لأن الإناء تعيب بعيب الشركة إذ الشركة فى الأعيان المجتمعة تعد عيبا لا نتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير ، بخلاف صورة الافتراق فإن العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لاعن قبض . قال (وإن باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة . فإضافة القطعة إلى النقرة من باب إضافة العام إلى الخاص . وإذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له لأن الشركة فيها ليست بعيب لأن التبعيض لايضره بخلاف الإناء . قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايجوز ، وعلى هذا إذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة . والأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفقة وكان فى صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها إلى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما ، قالا : إن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ، ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر ، والدليل على ذلك الوقوع فإنه إذا اشترى قلبا : أى سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لايجوز ، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب ، وكذا إذا اشترى عبدا بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بألف وخمسمائة لايجوز فى المشترى بألف

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول : لايطابق المشروح (قوله لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الخ) أقول : ذلك فى الثالث غير ظاهر إذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتأمل .

مقابلة الفرد بالفرد كما فى مقابلة الجنس بالجنس . وأنه(١) طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ، وفيه تغيير وصفه(٢) لا أصله لأنه يبقى موجبه الأصلى وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل . وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل . أما مسئلة المرابحة فلأنه يصير تولية فى القُلْب بصرف الربح كله إلى الثوب . والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن

فيندرج فيه جنس ذلك الجزء . وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر إذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة ، وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم وإلا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة . وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بنفسها مقابلة للذرة أخرى وأخرى ولأنه حينئذ ينتفى الانقسام بأدنى تأمل ، والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد فى الثوب والفرس جميعا . ولولا أن الانقسام على الشيوع لما رجع فى الثوب والفرس جميعا ، وتغيير تصرفهما لايجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف بدليل الإجماع ، على أن من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لايجوز . وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وحده ليخلو القُلْب عن التفاضل . وكذا إذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لايجوز . ويفسد فى المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لايجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده . وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد فى الدرهمين ولا يصرف إلى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام إجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف لايجوز .

(١) وأنه أي وأنه مقابلة الفرد على ...

وإن أمكن تصحيحه لصرف الألف إليه ؛ وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك أحدهما لايجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع فى الدرهم ولا يصرف إلى الثوب ، وليس ذلك كله إلا لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين ، فالتعيين تغيير والتغيير لايجوز . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الإرادة فينبغى أن يكون مرادا ، أما أنه جائز الإرادة فلأن كل مطلق يحتمل المقيد لامحالة ، ولهذا إذا باع كرّ حنطة بكريها فسد لأن الكرّ قابل الكرّ وفضل الآخر . وأما وجوب أن يكون مرادا فلأنه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ، ولئن منع تعينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر . قلنا : هذا غلط ، لأنا ما أردنا من الطريق إلا الصرف إلى خلاف الجنس على أى وجه كان . على أن فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييرا متعين . والجواب عن قولهما إن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله ، والأول مسلم ولا نسلم أنه مانع عن الجواز ، والثانى ممنوع لأن موجبه الأصلى وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه وإن كان فى ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع إلى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك فى النصف باقيا ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها . أما الأولى : أعنى مسئلة المرابحة فبقوله لأنه يصير تولية فى القُلْب بصرف الربح كله إلى الثوب ،

(قوله فلأن كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول : فيه بحث .

صرف الزيادة على الألف إلى المشترى . وفى الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده :

وإن كان يتوصل به إلى تصحيحه . قال إمام الحرمين : والمعتمد عندى فى التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد . قال صاحب الوجيز : وللخصم أن يقول : تعبدنا بتحقق المماثلة فيما إذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الإطلاق . فإن قلت : الثانى فممنوع ، وإن قلت الأول فسلم ، وليس صورة الخلافية . انتهى ببعض تغيير . وحاصله أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لايقتضى الربا والفساد ، وإنما يقتضيه لوكان التفاضل لازما حقيقة ، وذلك لايكون إلا إذا قوبل معين بمعين وتفاضلا . وحينئذ لاحاجة فى التصحيح إلى التوزيع وصرف كل إلى خلاف جنسه عينا . لكن الأصحاب اقتحموه بناء على أصلى إجماعى . وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ، ولهذا يحمل كلامه على المجاز وتترك حقيقته إذا كان لايصح على تقديره ، ويدرج فى كلامه زيادة لم يتلفظ بها إذا كان لايصح إلا بذلك . كأنهم نظروا إلى أن المقابلة على وجه الشيوع إن لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة ، وشبهة الربا معتبرة كحقيقته ؛ فقالوا العقد كذلك إنما يقتضى مطلق المقابلة لامقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه ، لأن اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره به ؛ فإنه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه ، وعلى هذا التقدير لاحاجة إلى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر إلى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا أصله لأنه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه ، بخلاف المسائل المذكورة فإن عدم الصرف فيها لعدم الإمكان والتعيين . أما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لأنه يتغير أصل العقد إذ يصير تولية فى القلب. واعترض بأن مقتضى ماتقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد فى مسئلة الطوق والجارية أن يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما : يعنى الثوب ، كما حمل قوله خذ هذه الألف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لايضر إذ يصدق أن العقد مرابحة بثبوت الربح فى بعض مبيعات الصفقة الواحدة . وفى المسئلة الثانية وهو ما إذا باع عبدا اشتراه بألف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسمائة إلى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه ، لأنه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير بائعا

ولا يخلو من أن يكون مراده أنه تغيير فى الأصل أو غير ذلك ؛ فإن كان الثانى فلم يبينه ، وإن كان الأول فهو ممنوع لما تقدم فى باب زيادة الثمن والمثمن أن الانتقال من الزيادة إلى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، ولعله يجوز أن يقال إن ذلك فى المساومة ، أما إذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير إلى التولية فى أصل العقد لا فى وصفه ، وأما الثانية فبقوله والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف للمشترى ، وقد تقدمت هذه المسئلة فى شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، وأما الثالثة فلأنه أضيف البيع إلى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشىء لايتناول ضده . وأما فى الأخيرة فإن العقد قد انعقد

(قوله فهو ممنوع لما تقدم فى باب زيادة الثمن) أقول : لعل مراده هو المنع اللغوى فلا يرد أنه يئول إلى مقابلة المنع بالمنع .

وفى الأخيرة العقد انعقد صحيحا والفساد فى حالة البقاء[(١)] وكلامنا فى[(٢)] الابتداء .

للمشترى ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه . ونقض بأن طريق الصحة أيضا ليس متعينا فيما قالتم . بل له وجه آخر وهو أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم . أجيب بأن التغيير ما أمكن تقليله متعين . وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لايكون إلا بما قلنا فكان ماقلنا متعينا . بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات . وأيضا فإن الذى ادعيناه طريقا متعينا هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لابخصوص ذلك الطريق . وما ذكرتم من ذلك ومن أنّ أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار فى فروض كثيرة لايخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس . وإلى هذا رجع قول صاحب الكافى فى الجواب : التعدد إنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجوه ترجيح بل تساوت . لأنه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتتمانع الوجوه فيمتنع . أما إذا كان فلا . وفيما اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغير عنه ، ونحن أسلفنا لنا فى أصل هذا الأصل نظرا استند إلى جواز ثبوت الشىء بعلل مستقلة اجتمعت دفعة . وأما فى المسئلة الثالثة وهى ما إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فلأن البيع أضيف إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالته ، ولأن المعين ضده فلا يحمل الشىء على ضده فليس بشىء لأن المعرفة ممامصدقات النكرة ، فإن زيدا يصدق عليه رجل ولا شك أن يحتمله فيجب حمله عليه . وقد قال أبوحنيفة فى قوله عبدى أوحمارى حرّ إنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة ، وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب فى محل العقد وهو لم يضف إلى المعين . واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة إن لحظ له جواب فذاك وإلا فلا يضرك النقض فى إثبات المطلوب ، إذ غايته أنه خطأ فى محل آخر إذا اعترف بخطئه فى محل النقض وذلك لايوجب خطأ فى محل النزاع . وأما فى المسئلة الأخيرة وهى ما إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه ، فإن العقد انعقد صحيحا ، وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس فى الفساد الطارئ . فإن قيل : فليصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة . قلنا : الفساد هناك ليس طروّه متحققا ولامظنونا ليجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم ، لأن الظاهر أنهما يتقابضان بعد ماعقدا قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار . وأما المسئلة المستشهد بها أولا وهى الرجوع فى ثمن الثوب والفرس فإنما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ، ونحن نقول هو الأصل ، وإنما قلنا إذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت فى المسئلة المفروضة ؛ ألا ترى إلى ما فى الإيضاح قال : الأصل فى هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر . وتظهر الفائدة فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ، فإن كان العقد ممالاربا فيه ، فإن كان مما لايتفاوت فالقسمة على الأجزاء ، وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة ، وأما فيما فيه الربا فإنما تجب القسمة على الوجه الذى يصح به العقد . مثاله : باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد ، فإن الخمسة بالخمسة والخمسة الأخرى بإزاء الدينار ، وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما فى مسئلة الكتاب انتهى . ونظير المسئلة

صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض ؛ وكلامنا فى الابتداء : يعنى أن الصرف إلى خلاف الجنس لصحة

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لأن شرط البيع فى الدراهم التماثل على ماروينا (١) ، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية ، وإن لم تبلغ فمع الكراهة ، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لايجوز البيع) لتحقق الربا إذ الزيادة لايقابلها عوض فيكون ربا .

المذكورة المسئلة التى تلى هذه وهى (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع) وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لأن شرط البيع فى الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لايعتبر التساوى بينهما . ثم فرّع المصنف فرعا بين فيه أن بعض هذه البياعات وإن كانت جائزة فى الحكم فهى مكروهة فقال (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب) يعنى وأحدهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفلوس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة فى البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة ، وإن لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كفا من زبيب أو فلسين . وقيل لمحمد كيف تجده فى قلبك ؟ قال : مثل الجبل ؛ ولم ترو الكراهة عن أبى حنيفة بل صرح فى الإيضاح أنه لابأس به عند أبى حنيفة . قال : وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لايجوز ، وهكذا ذكر فى المحيط أيضا . وقيل إنما كرهه لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه لهذا . وأورد لو كان مكروها كان البيع فى مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهى المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره . أجيب بأنه إنما لم يذكر الكراهة هناك لأنه وضع المسئلة فيما إذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لاكراهة ، ولا يخفى أن العقد واحد ، وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لاتبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه ، فالعقد مكروه بالنظر إلى الطرف الآخر . والذى يقتضيه النظر أن يكون مكروها إذ لافرق بينه وبين المسئلة المذكورة فى جهة الكراهة ، وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه . ثم ذكر أصلا كليا يفيده ، وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف ، وأما إذا ضم مالا قيمة له ككف من تراب لايصح لأنه لم يقابل الزيادة مال .

العقد ابتداء وهو فى الابتداء صحيح . قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الأموال الربوية وفى هذه أحدهما وهى صحيحة كالأولى ، وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لأن شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا ، إذ الظاهر من حال البائع إرادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الإقدام على العقد الجائز دون الفاسد . قال (ولو تبايعا فضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما ، فإما أن يكون له قيمة أولا ، والأول إما أن تبلغ قيمته الفضة أولا ، فإن كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لايجوز البيع لأن الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وإن كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوى خمسة جاز بلا كراهة ؛ وإن لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة . والكراهة ، إما لأنه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة فى أخذ الزيادة بالحيلة ، وإما لأنه يفضى إلى أن يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لايجوز . فإن قيل : فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم تذكر فيها الكراهة . أجيب بأنه إنما لم يذكرها لأنه وضع المسئلة فيما إذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة

قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصّا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة إذا باع بعشرة مطلقة . ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا ، والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة ، فإذا تقاصّا يتضمن ذلك فسخ

[فرع] اشترى تراب الفضة بفضة لايجوز لأنه إن لم يظهر فى التراب شىء فظاهر ، وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ، ، ولهذا لواشتراه بتراب فضة لايجوز لأن البدلين هما الفضة لا التراب . ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس . فلو ظهر أن لاشىء فى التراب لايجوز وكل ما جاز فمشترى التراب بالخيار إذا رأى لأنه اشترى مالم يره (قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة وقبض الدينار) فإن كان أضاف إلى العشرة الدين جاز اتفاقا ، ويجب بهذا العقد عشرة ثم لايجب

الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد ، وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهوماتكون قيمته عشرة دراهم . والحق أن السؤال ساقط لأن الكراهة إنما هى للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لايتحقق فى المسئلة المتقدمة لأن فيها الظاهر من حالهما إرادة المبادلة ، بخلاف هذه المسئلة ، فإن إرادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام : لأنه إما أن يكون سابقا أو مقارنا أو لاحقا ، فإن كان سابقا وقد أضيف إليه العقد كما إذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة الذى عليه فإنه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه لأنه ملكها بدلا عن الدينار . غاية ما فى الباب أن هذا عقد صرف وفى الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالئ بالكالئ . ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك لأن بقبض أحد البدلين حصل الأمن عن خطر الهلاك ، فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين فى معنى التأدى فيلزم الربا ، وهذا معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك . وحاصله أن تعيين أحد البدلين بعد القبض الآخر للاحتراز عن الربا ، ولا ربا فى دين يسقط وإنما هو فى دين يقع الخطر فى عاقبته ، وإن كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يضف إلى العشرة التى عليه وقع الدينار ، فإما أن يتقابضا أو لا ، فإن كان الثانى لم تقع المقاصّة ما لم يتقاصّا بالإجماع ، وإن كان الأول جاز ووقعت المقاصّة استحسانا . والقياس ينفيه ، وبه قال زفر رحمه الله ، لأنه استبدل ببدل الصرف وهو لايجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضا . ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام « يدا بيد » والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصّة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين ، لأن بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه ، لكنهما إذا أقدما على المقاصّة بتراضيهما لا بد ثمة من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الأول ، والإضافة إلى الدين الذى كان

(قوله وهو لايتحقق فى المسئلة المتقدمة) أقول : فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول : إن اعتبر ما أضيف إليه العقد فالأقسام اثنان سابق ومقارن ، وإن اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة (قوله ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك الخ) أقول : أشار بقوله ذلك إلى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول : فإنه إذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار فى ذمة المشترى مقارنا العقد فإن الفرض أنه لم ينقد بل تقاصا (قوله مالم يتقاصا) أقول : هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام « يدا بيد ») أقول : الأولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام « هاء وهاء » فإن لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين فى المجلس فى بيع الذهب بالفضة وعكسه على مارواه المصنف هذا إلا أن يكون من قبيل النقل بالمعنى .

، الأول والإضافة إلى الدين ، إذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف . وفى الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه ، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة ، وزفر يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء ،

تعينه بالقبض لأن تعيين أحد البدلين فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعين الآخر لدفع الربا بالتساوى ، وقد اندفع الدين بالدين فى هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذى يتحقق منه التعيين فى البدل الآخر قد تحقق سابقا . فعند الإضافة إلى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين ، بخلاف ما إذا لم يضف إليه لأن موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ، ولهذا قال زفر رحمه الله فيما إذا باعه المديون بالعشرة دينارا بعشرة وهى مسئلة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز . لأن موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة . ونحن نقول : موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك . غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ، ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة . وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الأول بالإضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الإطلاق ، بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر ، بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق . لأن الإطلاق

عليه ضرورة إذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز ، وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء . ولهما ذلك لأن لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى . وهو نظير ما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة . وفيه بحث من أوجه : الأول أن عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت إذا أضيف العقد إلى الدين السابق . الثانى أن الثابت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى ، وإذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لأنه يقتضى قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات الفسخ . الثالث أن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لإقالة الصرف حكم الصرف . والجواب عن الأول ما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله (وفى الإضافة إلى الدين) يعنى المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه) وعن الثانى بأن المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لأنهما لما أبطلا عقد الصرف صارا كأنهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به . وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية تثبت فى ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لمثل هذه الإقالة حكم البيع ، وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم فى المسئلة فتعين له وجه القياس . فإن قيل : لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « إنى أكرى إبلا بالبقيع إلى مكة بالدراهم فآخذ مكانها دنانير . أو قال بالعكس . فقال صلى الله عليه وسلم : لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل » فالجواب أنه يدل على المقاصة . وليس فيه دلالة على أنهما كانا يضيفان العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلزمه زفر وإن كان لاحقا

(قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول : فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف (قال المصنف : وفى الإضافة إلى الدين تقع المقاصة) أقول : فإن اختلج فى بالك شىء فى صحة المقاصة فى هذه الصورة فاعلم أن فى الإضافة إلى الدين لا يتعين الدين ، ولهذا إذا تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد كما يجىء فى كتاب الوكالة فكان الإطلاق والتقييد سواء فليتأمل (قال المصنف : على ما نبينه) أقول : قال الإتقانى : إشارة إلى قوله فكفى ذلك للجواز انتهى ، وفيه بحث (قوله فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول : الإطلاق وترك التفصيل فى موضع يحتاج إليه يكفى لصحة الاستدلال .

وهذا إذا كان الدين سابقا ، فإن كان لاحقا فكذلك(٢) فى أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز. قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة مايرده بيت المال ويأخذه التجار. ووجهه تحقق المساواة فى الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة . قال (وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهى فضة ، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب

ليس قيدا فى العقد بها وإلا لم يكن قضاؤها أصلا إذ لاوجود للمطلق بقيد الإطلاق وعلى ذلك مشوا . وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى عقد آخر اقتضاه ، ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل فى أعتق عبدك عنى بألف إنه يقع عن الآمر إذا أعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا إذا(١) كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فإن كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بحالها بأن عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشترى الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها ففى رواية لايصح ، والأصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ماذكر المصنف من حصول الانفساخ والإضافة إلى الدين بعد تحققه . وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير : إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى التراضى لأنه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمى غلة ودرهم صحيح ، والغلة مايرده بيت المال) لا للزيافة ، بل لأنها دراهم مقطعة مكسرة يكون فى القطعة ربع وثمن وأقل وبيت المال لا يأخذ إلا الغالى ، وإنما جاز للمساواة فى الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لأن الجودة فى الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله وإذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير إما أن يكون الغالب عليها

---

(١) بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم إن مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان . فى رواية أبى سليمان وهى التى اختارها فخر الإسلام ، وقال المصنف : فى أصح الروايتين تقع المقاصة ، وفى رواية أبى حفص واختارها شمس الأئمة وقاضيخان : لاتقع المقاصة لأن الدين لاحق والنبى صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة فى دين سابق بحديث ابن عمر رضى الله عنهما . ووجه الأصح(٢) أن قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول ؛ وهو ليس بدافع كما ترى إلا إذا أضيف أن القياس يقتضى أن لاتقع المقاصة بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة ، إلا أنه استحسن ذلك بالأثر ، ويقوى هذا الوجه أن الدين لايتعين بالتعيين كما تقدم ، فالمطلق والمقيد منه سواء ، وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الأول ، وإلا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف ؛ أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبى عقد واحد ، فإذا أضيف إلى الدين السابق تجانسا ، وإذا أضيف إلى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وإنما المجانسة حينئذ بينهما ، وبين الدين المقارن وهذا أوضح . قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة الخ) الغلة من الدراهم هى المقطعة التى فى القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع . أما الأول فلصدوره عن أهله فى محله مع وجود شرطه وهو المساواة ، وأما الثانى فلأن المانع أن تصور هاهنا فى الجودة وهى ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس . قال (وإن كان الغالب على الدراهم الفضة فهى دراهم الخ) الأصل أن النقود لاتخلو عن قليل غش خلقة أو عادة ؛ فالأول كما فى الردىء ، والثانى

---

(٢) (قوله ويقوى به الوجه) أقول : أى وجه الأصح .

فهى ذهب ، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد حتى لايجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا فى الوزن : وكذا لايجوز الاستقراض بها إلا وزنا) لأن النقود لاتخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش ، وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردىء منه فيلحق القليل بالرداءة ، والجيد والردىء سواء (وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف (وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس) فهى فى حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين ، فإذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لأنه لايتميز عنه إلا بضرر . قال رضى الله عنه :

الذهب والفضة والغش أقل ، أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين ، فإن كان الغالب الذهب فى الدنانير والفضة فى الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لأنها على ما قيل قلما تنطبع إلا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردىء منه) الذى يقال له ناقص العيار فى عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد ، فكذا الغش المغلوب إلحاقا له بها ، وإذا كان كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص مع الذهب والفضة إلا متساويين فى الوزن ، وكذا بيع بعضها ببعض ، وكذا لايجوز استقراضها بها إلا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين (وإن كان الغالب فيهما الغش فليس فى حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف) وهى أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التى فى الدراهم أو أقل أو لايدرى لايصح فى الفضة ولا فى النحاس أيضا إذا كان لاتتخلص الفضة إلا بضرر ، وإن كانت الخالصة أكثر مما فى الدراهم جاز ليكون ما فى الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس إلى خلاف الجنس) أى يصرف كل من الدراهم إلى غش الدراهم الأخرى (لأنها فى حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) وقبل الافتراق وتجوّز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين ، وإذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لأنه لايتميز عنه إلا بضرر) ولا يخفى أن هذا لايتأتى فى كل دراهم

مايخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت ، وإذا كان كذلك يعتبر الغالب لأنه المغلوب فى مقابلة الغالب كالمستهلك ، فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا فى حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل مايعتبر فى الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساويا فى الوزن (وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) فإن اشترى بها إنسان فضة خالصة ، فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التى فى الدراهم المغشوشة أو أقل أو لايدرى فالبيع فاسد ، وإن كانت أكثر صح وهى الوجوه المذكورة فى حلية السيف (وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وهى فى حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال إذا صرف الجنس إلى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبقى التقابض شرطا . ووجه ذلك أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لايتعدى فبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا (واشتراط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين . وإذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لأنه لايتميز عنه إلا بضرر) وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز

(قوله وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز) .

ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك فى العدالى والغطارفة لأنها أعزّ الأموال فى ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ، ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن ، وإن كانت تروج بالعدّ فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص ، ثم هى مادامت تروج تكون أثمانا لاتتعين بالتعيين ، وإذا كانت لاتروج فهى سلعة تتعين بالتعيين ، وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لايتعلق العقد

غالبة الغش ، بل إذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك ، فأما إذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لاعبرة بها أصلا بل تكون كالمموهة لاتعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف ، وإنما هو كاللون وقدكان فى أوائل قرن سبعمائة فى فضة دمشق قريب مع ذلك. قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا «مشايخنا) يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أى بيعها بجنسها متفاضلا (فى العدالى والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لأنها أعزّ الأموال فى ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا)الصريح ، فإن الناس حينئذ يعتادون التفاضل فى الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك فى النقود الخالصة فمنع ذلك حسما لمادة الفساد . والغطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد ، وقيل هو خال الرشيد (ثم إن كانت) هذه الدراهم التى غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن ، وإن كانت إنما تروج بالعدّ فالبيع بها والاستقراض لها بالعدّ) ليس غير (وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن نص) على ماعرف فى الربا (وما دامت تروج فهى أثمان لاتتعين بالتعيين) ولو هلكت قبل القبض لايبطل العقد وإن كانت غير رائجة فهى سلعة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم ، وهذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم ، فإن كانا لايعلمان أو لايعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لابالمشار إليه من هذه الدراهم التى لاتروج ، وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهى فى حكم الزيوف والنبهرجة ، فيتعلق البيع بجنسها لابعينها كما هو فى الرائجة ، لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض

قال المصنف رحمه الله (ومشايخنا) يريد به علماء ما وراء النهر (لم يفتوا بجواز ذلك) يعنى التفاضل (فى العدالى والغطارفة) أى الدراهم الغطريفية وهى المنسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد ، وقيل هو خال هارون الرشيد (لأنها أعزّ الأموال فى ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه) أى لو أفتى بإباحته (تدرجوا إلى الفضة والذهب بالقياس) ثم المعتبر فى المعاملات بها المعتاد (فإن كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن ، وإن كانت تروج بالعدّ فهما فيها بالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ، ثم هى مادامت تروج تكون أثمانا لاتتعين بالتعيين) فإن هلكت قبل التسليم لايبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (وإذا كانت لاتروج فهى سلعة تتعين بالتعين) كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم ، وإن لم يعلما أو لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد الذى عليها معاملات الناس دون المشار إليه (وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لايتعلق العقد

أقول : تحقيقه فى النهاية ، ثم أقول : وجه الإشارة لايخلو عن خفاء ، ثم قوله إلى أن الاستهلاك : أى استهلاك المغلوب من الفضة والصفر.

بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه ، وبجنسها من الجياد إن كان لايعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف رحمهما الله : عليه قيمتها يوم البيع . وقال محمد رحمه الله : قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لايوجب الفساد ، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه . وإذا بقى العقد وجبت القيمة ، لكن عند أبى يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به ، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك

الذى يقبلونها به ، وإن كان البائع لايعلم تعلق العقد على الأروج ، فإن استوت فى الرواج جرى التفصيل الذى أسلفناه فى أول كتاب البيع ، وتعيين المصنف الجياد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التى غلب غشها أنه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أى قبل قبضها (بطل البيع عند أبى حنيفة) فإن كان المبيع قائما مقبوضا رده ، وإن كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا ، وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد : لايبطل . ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم البيع) قال فى الذخيرة : وعليه الفتوى (لأنه مضمون به) أى بالبيع ، وهو نظير قوله فى المغصوب إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب (وقال محمد : عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لأنه أوان الانتقال إلى القيمة) وفى المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالإجماع (إلا أنه تعذر التسليم) أى تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشان (وأنه) أى الكساد (لايوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب) شيئا (فانقطع) فى (أوانه) بأن لايوجد فى الأسواق لايبطل اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب فى السنة الثانية فكذا هنا (ولأبى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لأن مالية

بعينها بل بجنسها زيوفا) إن علم البائع خاصة لأنه رضى بجنس الزيوف ، وإن لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف . وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لم يبطل وعليه قيمتها ، لكن عند أبى يوسف قيمته يوم البيع ؛ وعند محمد آخر ماتعامل الناس بها) والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ، ولم يذكر أنه فى كل البلاد أو فى البلد الذى وقع فيه العقد . ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لايروج فى جميع البلدان لأنه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن ، وأما إذا كان لايروج فى هذه البلدة ويروج فى غيرها لايفسد البيع لأنه لم يهلك لكنه تعيب ، فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير . قالوا : وما ذكر فى العيون يستقيم على قول محمد ، وأما على قولهما فلا يستقيم ، وينبغى أن يكتفى بالكساد فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين . عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس ، وعند محمد لايجوز اعتبارا لاصطلاح الكل . فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه فى محله من غير مانع شرعى (إلا أنه تعذر التسليم بالكساد ، وذلك لايوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع ، وإذا بقى العقد قال أبو يوسف : وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع ، وقال محمد : قيمته يوم الانقطاع : أى الكساد لأنه انتقل الحق منه إلى القيمة فى ذلك اليوم . ولأبى حنيفة أن الثمن يهلك

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول : محمد لايقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل .

بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقى فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل ؛ وإذا بطل البيع يجب ردّ المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا كما فى البيع الفاسد .

الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلقة (وما بقى) الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية (فبقى بيعا بلا ثمن) بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح ، كالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة . لا يقال : فلتصر مبيعة إذا انتفت ثمنيتها . لأنا نقول : تصير مبيعة فى الذمة والمبيع فى الذمة لا يجوز إلا فى السلم . واعترض فى بعض الحواشى بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين فى البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين ، إلا أن المجيب نظر إلى أن صورة المسئلة أنه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها ، وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة إذا كسدت قبل القبض ، وليس فى صورة المسئلة أحضر الدراهم وأشار إليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالأثمان ، وهذا لأن الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثمانا وإنما كسدت بعده قبل القبض ، فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن ، ثم شرط فى العيون أن يكون الكساد فى سائر البلاد ، فلو كسد فى بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبى حنيفة لأنها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار إن شاء أخذ مثل النقد الذى وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمته دنانير . قالوا : وما ذكر فى العيون على قول محمد ، وأما على قولهما فلا . وينبغى أن ينتفى البيع بالكساد فى تلك البلدة التى وقع فيها البيع بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين . عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس . وعند محمد لا يجوز اعتبار لاصطلاح الكل ، فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا ، وما ذكرناه فى الكساد مثله فى الانقطاع ، والفلوس النافقة إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت ، فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع ، وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا

بالكساد لأن الدراهم التى غلب غشها إنما جعلت ثمنا بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل ، وإذا بطل الثمنية بقى بيعا بلا ثمن وهو باطل) لا يقال : العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم . لأنا نقول : إن العقد تناولها بصفة الثمنية لأنها مادامت رائجة فهى تثبت دينا فى الذمة ، وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية ، وصفة الثمنية فى الفلوس والدراهم المغشوشة التى غلب غشها كصفة المالية فى الأعيان ؛ ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا . والجواب عن الرطب أن الرطب مرجوّ الحصول فى العام الثانى غالبا فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل ، لكنه يتخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل . أما الكساد فى الدراهم المغشوشة التى غلب عليها غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول إلى ثمنيتها فى ثانى الحال لأن الكساد أصلى والشىء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه ، وإذا بطل البيع فإن لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا ، وإن كان مقبوضا فإن كان قائما وجب رده بعينه ؛ وإن كان هالكا أو مستهلكا ، فإن كان مثليا وجب رد مثله ، وإن كان قيميا وجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد ، هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدى الناس كذلك وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وإن كان صدّر البحث بالكساد . وأما إذا غلبت بازدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذى كان

(قوله لأنا نقول ، إلى قوله : فكذا هذا) أقول : ولا بد من التأمل فى الفرق بين تخمير العصير وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع فى الأول دون الثانى مع أن كليهما مرجو الوصول إلى العام الثانى .

قال (ويجوز البيع بالفلوس) لأنها مال معلوم ، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تتعين لأنها أثمان بالاصطلاح ، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها (وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذى بيناه

يتخير المشترى ويطالب بالنقد بذلك العيار الذى كان وقت البيع . والجواب عن البيع بالرطب أن الرطب مرجوّ الوصول فى العام الثانى غالبا فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها ، بخلاف الكساد فإنه ليس له مظنة محققة الوجود فى زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لأن الأصل فى غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية ، والشىء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه . وفى الخلاصة عن المحيط : دلال باع متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لايفسد البيع لأن حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لأنها نوع من أنواع المال (فإن كانت نافقة جاز البيع وإن لم تتعين) بل لو عينت لاتتعين وللعاقد أن يدفع غير ماعين (لأنها) حينئذ (أثمان) كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لاينفسخ العقد ويجوز ، ولو استبدل بها جاز . ولو باع فلسا بفلسين يجوز على ماسلف فى باب الربا ؛ ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين بأعيانهما لايجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا ، وإن كانت كاسدة فهى مبيعة لايصح العقد عليها مالم تتعين (وإذا باع الفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أى فى الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لاعندهما ، ثم تجب قيمتها يوم البيع عند أبى يوسف ، وعند محمد يوم الانقطاع ، هكذا ذكر القدورى الخلاف . والذى فى الأصل وشرح الطحاوى والأسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله . استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشترى به وإباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمير العصير المشترى قبل التسليم لايبطل

وقت البيع . قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لأنه مال معلوم : أى معلوم قدره ووصفه ، وإنما قال كذلك إشارة إلى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة إليه ، ثم إنها إما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد ، فإن كان الأول جاز البيع وإن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح ، فالمشترى بها لايجبر على دفع ماعين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وإن هلك ذلك لم ينفسخ العقد ، وإن كان الثانى فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لأنها سلع . وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذى بيناه فى كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبى حنيفة بطل البيع خلافا لهما . قال الشارحون : هذا الذى ذكره القدورى من الاختلاف مخالفا لما فى المبسوط والأسرار وشرح الطحاوى حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة . وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف إلا ما نقل عن الأسرار وهو ماقيل فيه : إذا اشترى شيئا بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا ، وقال زفر لايبطل لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسليمه ، والعقد لايبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو أبق العبد وكما لو أسلم فى الرطب فانقطع أوانه ، وهذا بظاهر قوله عندنا وإن دل على الاتفاق ، لكن الدليل المذكور لزفر رحمه الله يمنعه لأن دليلهما فى كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا : الكساد لايوجب الفساد فجعله مفسدا هاهنا يفضى إلى التحكم إلا إذا ظهر معنى فقهى يعتمد عليه فى الفرق بينهما ولم أظفر بذلك . قال رحمه الله :

(ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لأنه إعارة ، وموجبه ردّ العين

العقد فيها . وأجيب بما تقدم فى الرطب . وأما العبد فالية لم تبطل بالإباق بل هو مال باق حيث هو ، وإنما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا ، بخلاف الكساد لهلاك الثمن به ، إلا أن الذى يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدورى ، إذ لافرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس إذ كل منهما سلعة بحسب الأصل ثمن بالاصطلاح ، فإن غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا ، فلو لم ينص على الخلاف فى الفلوس وجب الحكم به . وفى شرح الطحاوى : لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لأنهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه ، فإن كسدت الفلوس بعد ذلك فإنه ينظر إن كان الفلس هو المقبوض لايبطل البيع لأن كسادها كهلاكها ، وهلاك المعقود عليه بعد القبض لايبطل البيع ، وإن كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لأن كساد الفلوس كهلاكها ، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد ، والقياس أن لايبطل لأنه قادر على أداء ما وقع العقد عليه . وقال بعض مشايخنا : إنما يبطل العقد إذا اختار المشترى إبطاله فسخا لأن كسادها كعيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشترى فيه الخيار والأول أظهر . ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع فى نصفها . وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع ، وعليه أن يرد المبيع إن كان قائما أو القيمة أو مثله ، وهذا معلوم مما ذكرنا إلا أن أبا يوسف قال فى هذا إن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع ، وفرّق بين هذا وبين المسئلة الأولى وهى ما إذا باع الفلوس بدرهم لأن هناك لو أوجبنا ردّ قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وهاهنا لايتمكن . وفى المسئلتين جميعا إذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لايبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذى عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبى حنيفة رحمه الله يردّ مثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك ، وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف فى قياس قول أبى حنيفة : عليه مثلها ، ولست أروى ذلك عنه ، ولكن لرواية فى الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت . وقال أبو يوسف : عليه قيمتها من الذهب يوم القرض فى الفلوس والدراهم ، وقال محمد : عليه قيمتها فى آخر وقت نفاقها . وجه قوله (أنه) أى القرض (إعارة وموجبه) أى موجب عقد الإعارة (ردّ العين) إذ لو كان استبدالا حقيقة موجبا لرد المثل استلزم الربا للنسيئة فكان

(ولو استقرض فلوسا فكسدت) إذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه ردّ مثلها عند أبى حنيفة رحمه الله (لأنه) أى استقراض المثلى (إعارة) كما أن إعارته قرض (وموجب استقراض المثلى ردّ عينه معنى) وبالنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة ، لكن لما كان قرضها والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه فات ردّ عينه حقيقة فيجب ردّ عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة ، لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشىء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز . فإن قيل : كيف يكون المثلى بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقا .

(قال المصنف : لأنه إعارة) أقول : الظاهر أن يقال لأنه استعارة (قوله لأنه أى استقراض المثلى) أقول : والأولى عندى إرجاع الضمير إلى الاستقراض مطلقا ، فإنه إعارة على ماسبق قبيل باب الربا أو إلى استقراض الفلوس (قوله إعارة كما أن إعارته قرض) أقول : قوله إعارة : يعنى ابتداء كما سيجىء تفصيل هذا البحث فى العارية (قوله وموجب استقراض المثلى الخ) أقول : وعندى أن ماذكره المصنف قياس من الشكل الأول . تقريره لأن الاستقراض إعارة لايمكن الانتفاع به إلا بإهلاك عينه ، وكل إعارة كذلك موجبها رد العين معنى ، فهذا كذا إلا أنه لم يصرح بهذا القيد فى الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين ، أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط .

معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لايختص به . وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثليا فانقطع ، لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض ، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل . وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع ، وقول محمد رحمه الله أنظر

موجبا رد العين إلا أن ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه تمليك العين ؛ فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ، ولذا يجبر المغصوب منه على قبول المثل إذا أتى به الغاصب فى غصب المثلى بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد (والثمنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد ، وكذا يجوز استقراض كل مثلى وعددى متقارب ولا ثمنية (ولهما أنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لأن القرض وإن لم يقتض وصف الثمنية لايقتضى سقوط اعتبارها إذا كان المقبوض قرضا موصوفا بها لأن الأوصاف معتبرة فى الديون لأنها تعرف بها ، بخلاف الأعيان المشار إليها وصفها لغو لأنها تعرف بذواتها وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلافهما (فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب ، وعند محمد يوم القضاء) وقولهما أنظر للمقرض من قول أبي حنيفة لأن فى رد المثل إضرارا به ، ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لأن قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للمستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أيسر) لأن القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لايختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فإنه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر فى ذلك

أجاب المصنف رحمه الله (بأن الثمنية فضل) فيه أى فى القرض إذ القرض لايختص به : أى بمعنى الثمنية ، ومعناه أن الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الأمثال ، ألا ترى أن الاستقراض جائز فى كل مكيل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الأمثال ، بخلاف البيع لأن دخولها فى العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد . وتحقيقه أن المثل المجرد عن الثمنية أقرب إلى العين من القيمة فلا يصار إليها مادام ممكنا (وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض) وليس المثل المجرد عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما إذ استقرض مثليا فانقطع ، لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على مامر من قبل ، وأصل الاختلاف) يعنى بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (فيمن غصب مثليا فانقطع) فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب ، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجىء (وقول محمد رحمه الله أنظر) للمقرض وللمستقرض لأن على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض ،

(قال المصنف : وقول محمد أنظر) أقول : قال الكاكى : وفى بعض النسخ : أنظر للجانبين اه . والظاهر أن كونه أنظر لجانب المقرض بالنسبة إلى قول أبي يوسف .

للجانبين ، وقول أبي يوسف أيسر . قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر : لايجوز فى جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ، ونحن نقول :مايباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد . ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمى فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس . وعن محمد رحمه الله أنه لايجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم ، لأن فى العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ، ولا كذلك الدرهم . قالوا : وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لاسيما فى ديارنا .

(قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم) فاكهة أو غيرها بأن قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك (انعقد موجبا لدفع مايباع من الفلوس بنصف درهم فضة ، وكذا إذا قال بدانق من الفلوس) وهو سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله : لايجوز فى جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وهى تقدر بالعد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها) وإلا فالثمن مجهول ، ولأن العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط إيفاءه من الفلوس وهو صفقة فى صفقة . فإن المعنى أنه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذى هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ، ونحن نقول : إن ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس ، لأنه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لايمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العد بخصوصه ، وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة فى صفقة لأن الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لايجوز إلا فيما دون الدرهم ، لأن المبايعة فى العادة فى الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ، ولا كذلك الدرهم . قالوا : وقول أبي يوسف أصح ولا سيما فى ديارنا) أى المدن التى وراء النهر فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم ، ولأن المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بأنه المراد ، ولا فرق فى ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ، ولم يذكر فى المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه ، وفى بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت فى كلام من يحتج بكلامه فى اللغة وفى بعضها

وعلى قول أبي يوسف تجب القيمة يوم القبض ، ولا شك أن قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس ، وقيمة يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر . قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس : يعنى أن ذلك النصف من الدراهم فلوس لانقرة ، وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جائز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس ، وكذا إذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس . وقال زفر : لايجوز لأنه اشترى بالفلوس وهى معدودة ونصف درهم دانق وقيراط منه موزونة ، وذكرها لايغنى عن بيان العدد فبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز . وقلنا : فرض المسئلة فيما إذا كان مايباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العد فكان مغنيا عن ذكر العدد ، وإذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما ، وفصل محمد رحمه الله بين

(قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول : يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شىء ، ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لاينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمته يوم القبض ، ثم قوله وهو ضرر أى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول : قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقيراط فلوس) أقول : وهو نصف السدس (قوله وإذا زاد على الدرهم) أقول : الأظهر أن يقال : على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول : فى غير ظاهر الرواية عنه .

قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى عندهما) لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بطل فى الكل) لأن الصفقة متحدة والفساد قوى فيشيع وقد مر نظيره، ولو كرّر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان

على الصواب (قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطنى بنصفه) أو ربعه أو قيراطا منه (فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم إلا حبة وقس الباقى (جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقى الصور (لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم (إلا حبة ربا فلا يجوز ، وعلى قياس قول أبى حنيفة بطل فى الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوىّ) مقارن للعقد (فيشيع وقد مر نظيره) يعنى فى باب البيع الفاسد فى مسئلة الجمع بين العبد والحرّ إذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا ، وإذا فصل لايشيع عندهما وعنده يشيع (فلو كرّر لفظ الإعطاء) بأن قال أعطنى بنصفه فلوسا وأعطنى بنصفه نصفا إلا حبة (كان جوابه كجوابهما) فى أن الفساد يخص النصف الآخر (لأنهما بيعان) لتعدد الصفقة ، وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ أبى جعفر وشيخ الإسلام والمظفر أنه لايجوز وإن كرّر لفظ الإعطاء لأن تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الإيجاب ولفظ أعطنى مساومة . وإذا كان قوله بعنى

مادون الدرهم وما فوقه ، فجوّز فيما دون الدرهم خاصة لأن فى العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ، ولا كذلك الدرهم . قالوا : والأصح قول أبى يوسف لاسيما فى ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف . قال رحمه الله (ومن أعطى صيرفيا درهما الخ) هذه ثلاث مسائل : الأولى أن يعطى درهما كبيرا ويقول أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا : أى درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير إلا حبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى عندهما لأنه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف إلا حبة وهو ربا فلا يجوز ، وعلى هذا قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بطل فى الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع ، كما إذا جمع بين حرّ وعبد وباعهما صفقة واحدة ، وعبارة الكتاب تدل على أنه لانص عن أبى حنيفة رحمه الله . والثانية أن تكرر لفظ الإعطاء والمسئلة بحالها فالحكم أن العقد فى حصة الفلوس جائز بالإجماع لأنه عقدان ، وفساد أحدهما لايوجب فساد الآخر كما لو قال بعنى بنصف هذه الألف عبدا وبنصفها دنا من الخمر ، فإن البيع فى العبد صحيح وفى الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرقة الصفقة . وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام أن العقد لايصح ههنا أيضا وإن كرد لفظ الإعطاء لاتحاد الصفقة . فإن قوله أعطنى مساومة وبتكرارها لايتكرر البيع ، وهذا لأن بذكر المساومة لاينعقد البيع ، فإن من قال بعنى فقال بعتك لاينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت ، وإذا كان لاينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها ؟ قيل والأول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله . والثالثة أن يقول : أعطنى نصف درهم فلوس . وفى بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا إلا حبة جاز ، والفرق بينها وبين الأولى أنه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس وبنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون

(قوله كما لو قال بعنى بنصف هذه الألف عبدا وبنصفها دنا من الخمر) أقول : الظاهر أن يقال : بعنى بنصف هذه الألف عبدا وبعنى بنصفها دنا من الخمر ، بتكرير لفظ بعنى .

(ولو قال أعطنى نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز) لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس . قال رضى الله عنه : وفى أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية ، والله تعالى أعلم بالصواب .

بكذا ليس إيجابا ، حتى لو قال بعت لاينعقد ما لم يقل الأول قبلت فأعطنى وليس من مادة البيع أولى ، وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الأولى . وجه المختار أن ذلك صار معلوم المراد أنه إيجاب ، وعلى هذا فلو تعورف فى مثله صح أيضا إلا أنهم لم يذكروه ، أو أن الكلام فيما إذا دفع إليه المخاطب قبل الافتراق فإنه يجعل بيعا فى النصفين بالمعاطاة فيهما ، والله أعلم (ولو قال) حين دفع إليه الدرهم الكبير (أعطنى نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة جاز) فيهما (لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة ف)يتحرى للجواز بأن (يكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل أعطنى بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة ، وما يباع بنصف درهم معلوم أنه يخص بنصف الدرهم فصار كالأول كأنه قال أعطنى بنصفه نصف درهم فلوس وبنصفه نصف درهم إلا حبة . وجوابه أن موجب التحرى للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير أعطنى بهذا الدرهم نصف درهم إلا حبة ، وما يباع بنصف درهم فلوس ، وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم إلا حبة بمثله . قال المصنف رحمه الله (وفى أكثر نسخ المختصر) يعنى القدورى (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الأولى ، ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ، ويجوز فى فلوس الجر صفة للدرهم والنصب صفة للنصف .

[فروع] تقدم بعضها فى ضمن التعليل فربما يغفل عنها . تصارفا جنسا بجنس متساويا فزاد أحدهما أو حط شيئا وقبل الآخر التحق بأصل العقد وبطل العقد . وقال أبو يوسف : لايلتحق فيهما ولا يبطل . وقال محمد : لايصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة . ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها فى مجلس الزيادة لأنه ثمن الصرف ، وعند من لايلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعى وأحمد رحمهما الله لايشترط لأنها هبة ابتدائية . ولو افترقا لاعن قبضها بطل حصتها من البدل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد فى البعض لعدم القبض ، والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ، ويرد الذى حط ماحط ، وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك فى الدينار مثلا لأن فى تبعيضه ضررا وكل مال ربوى لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة إذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه . ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشترى معيبا له أن يرده بالعيب ، فإن رده بقضاء لابأس به وإن لم يقبض الثمن من البائع فى مجلس الرد لأنه فسخ

نصف درهم إلا حبة بمثله والباقى بإزاء الفلوس . قال المصنف رحمه الله (وفى أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية) أراد قوله أعطنى نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة وهى الثالثة فيما ذكرنا ، يريد بذلك أن المسئلة الأولى ليست بمذكورة فى أكثر نسخ المختصر . قال أبو نصر الأقطع فى شرحه للمختصر : وهو غلط من الناسخ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : ولو قال أعطنى نصف درهم فلوس) أقول :قال ابن الهمام : يجوز فى فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة لنصف اه . ويجوز على رواية الجر أن يكون صفة لنصف والجر على الجوار .

(كتاب الكفالة)

وبغير قضاء يشترط القبض فى مجلس الرد، فإن قبض صح الرد والابطل وعادالبيع الأول لأنه بيع فى حق الشرع ، فإن تعذر الرد بأن هلك فى يده أوحدث عيب آخر رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ ، وإن كان فضة لايرجع لأنه يؤدى إلى الربا ، فإن قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشترى بعد . ولو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم الآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز ، وفى المكيل لايجوز . وعن أبى حنيفة رحمه الله : اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما وتفرقا جاز ، ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه فى تقسيم الطحاوى . اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فإن شاء زاد فى الثمن مائة أخرى وإن شاء فسخ ، والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا ليتمحض المائتان للحلية ، ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد فى الكل ، ولو كان ذلك فى إبريق فضة يبطل العقد فى نصف الإبريق ، والله تعالى أعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(كتاب الكفالة)

أورد الكفالة عقيب البيوع لأنها غالبا يكون تحققها فى الوجود عقيب البيع ، فإنه قد لايطمئن البائع إلى المشترى فيحتاج إلى من يكفله بالثمن ، أو لايطمئن المشترى إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله فى المبيع وذلك فى السلم ، فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها أوردها فى التعليم بعدها ، ولها مناسبة خاصة بالصرف وهى أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ، ثم لزم تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده . ومحاسن الكفالة جليلة وهى : تفريج كرب الطالب الخائف على ماله ، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقرّ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتنّ الله تعالى بها حيث قال ـ وكفلها زكريا ـ فى قراءة التشديد بتضمن الامتنان على مريم ، إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك ، وسمى نبيا بذى الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم . وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه إما تقربا إلى الله تعالى أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه . وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة

(كتاب الكفالة)

عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون فى البياعات غالبا ، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة

(كتاب الكفالة)

قال الإمام السرخسى فى مبسوطه فى باب كتاب القاضى فى الكفالة من كتاب الكفالة : لو كتب القاضى إلى القاضى بكتاب فى كفالة بنفس رجل ولم يبين فى كتابه أنه كفل بأمره فإنه لايؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره ، وهذا لأنه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يمكن عليه أن يخلصه من ذلك لأنه التزم باختياره ، فكذلك إذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى .

الكفالة : هي الضم لغة ، قال الله تعالى ـ وكفلها زكريا ـ ثم قيل : هى ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة ، وقيل فى الدين ، والأول أصح :

والضرر الذى ذكرناه آنفا . ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ـ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ـ وقوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن . والإجماع . وشرطها فى الكفيل كونه من أهل التبرع ، فلا كفالة من صبى ولا عبد محجور ولا مكاتب ، ولا تصح من المريض إلا من الثلث ، وفى الدين أن يكون صحيحا ؛ فلا كفالة فى بدل الكتابة لأنه ليس دينا صحيحا إذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة ، بخلاف القياس ليصل العبد إلى العتق وأن يكون مقدور التسليم ، وأما مفهومها لغة فقال المصنف : الضم سواء كان متعلقه عينا أو معنى . قال فى المغرب : تركيبه دالّ على الضم والتضمين ، ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه ، وكفل الشيطان مركبه . وأما فى الشرع فما أشار إليه من قوله (ثم قيل : هى ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة ، وقيل فى الدين ، قال : والأول أصح) فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل خلافا للشافعى ومالك وأحمد فى رواية ؛ فيثبت الدين فى ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصيل ، ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين . قال فى المبسوط : وليس من ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب ، لأن الدين وإن ثبت فى ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب . فإن كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا فى قيمة واحدة لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما ، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر ، فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لأنه يتحقق بمرافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر ، ومما يدل على ثبوت الدين فى ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز ، وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح . والحاصل أن ثبوت الدين فى الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد فى ذمتين ، إنما يمتنع فى عين ثبت فى زمن واحد فى ظرفين حقيقيين ، ولكن المختار ماذكرنا أنه فى مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره فى الذمتين وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ، ولا بد من ثبوت اعتبار الدين فى الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو فى ذمة الموكل ، وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فإنا جعلناه فى حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعى إلى ذلك . ولا يخفى أن ما نقل من قول أبى حنيفة أن الدين فعل يقتضى أن الدين فى ذمة الكفيل أيضا كما هو فى ذمة

انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة (والكفالة فى اللغة : هى الضم : قال الله تعالى ـ وكفلها زكريا ـ) أى ضمها إلى نفسه ، وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا : أى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها (وفى الشريعة : ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين ، والأول أصح) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة لنفسها كما سيجىء ولأنه لو ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين الواحد دينين ، وعورض بما إذا وهب ربّ الدين دينه للكفيل فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل ، ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز . وأجيب بأن ربّ

قال (الكفالة ضربان : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال . فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به)

الأصيل إذ فعل الأداء واجب عليه . ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فإن الكفالة كما تكون بالديون تكون بالأعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه ، فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل ، وبقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا . والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها ، وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار ، والأعيان المضمونة بغيرها وهى الأعيان الواجبة التسليم قائمة ، وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ، ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها . وأما الأعيان الواجبة التسليم وهى أمانة كالعارية والمستأجر فى يد المستأجر تصح الكفالة بها ومتى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها ، بخلاف الأعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا . وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية ، ولم يجعل أبو يوسف فى قوله الأخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده فى الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعى . واختلفوا على قول أبى يوسف ؛ فقيل إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على إجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد . وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل . وأما حكمها فثبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا ، وفى رواية عن مالك لا يطالبه إلا إذا تعذر ذلك . وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور : ينتقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الأصيل أصلا كما فى الحوالة ، وما ذكر فى المنظومة من نسبة ذلك إلى مالك خلاف ما فى مشاهير كتب أصحابه . احتجوا بما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه « أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا نعم درهمان . فقال : صلوا على صاحبكم . فقال علىّ رضى الله عنه : أنا لهما ضامن ، فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علىّ رضى الله عنه فقال : جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك ، فقيل يارسول الله أله خاصة أم للناس كافة ؟ فقال للناس كافة » فدلّ أن المضمون عنه برئ من الضمان ، وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله فى خبر أبى قتادة « الآن بردت جلدته » وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لأنه بالضمان صار وفاء . وإنما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء ، وقوله « فك الله رهانك » لأنه كان بحال لا يصلى عليه . فلما ضمن عنه فكه عن ذلك . ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد ، فإن الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان علىّ إذ يدل على أن الضمان تم بذلك (قوله قال) أى القدورى (الكفالة ضربان : كفالة بالنفس . وكفالة بالمال) ويدخل فى الكفالة بالمال الكفالة بالأعيان التى ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به)

الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه فى حكم دينين ؛ وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل فى حكم دينين . قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان : كفالة بالنفس وكفالة بالمال ؛ فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها إحضار المكفول به . وقال الشافعى : لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه لأنه رقبانى مثله لا ينقاد له ليسلمه ، ولأنه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا . أما إذا كان بغير أمره فظاهر ، وأما إذا كان بأمره فلأن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية فى نفسه ليسلمه ، كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدى المال من المكفول عنه ؛ بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه

وقال الشافعي رحمه الله : لايجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه ، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ، ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه ، وقد أمكن تحقق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه .

ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لاتجوز وهو قول مخالف للقول الأظهر عندهم وهو أنها جائزة كقولنا . واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام مالا يقدر على تسليمه إذ لاقدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء ، وهذا لأنه حر لاينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا إذا كفل بغيرأمره ، وكذا بأمره لأن أمره بكفالته لايثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من (قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم ») باعتبار عمومه . وقوله (بنوعيه) أى نوعى عقد الكفالة ، واعترض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم ، والكفيل بالنفس لاغرم عليه للمال . وأجيب بأن الغرم لايختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره ، والغرام اللازم ذكره في المجمل ، والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار ، وقد تثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله (والحاجة إليه ماسة ، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة إليها إحياء للحقوق مع الإيجاب والقبول والشرائط ، وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لأن الظاهر أنه ينقاد إذا كان بأمره ، وإن كان بلا أمره يمكنه إحضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم . وأبطل بعضهم قوله لايقدر على نفس المكفول بأنه مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا . ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل . وروى « أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا فى تهمة » وكان بين علىّ وعمر رضى الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس علىّ رضى الله عنه . واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فإن الكفالة بالنفس فيهما لاتصح وإن كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب . والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الأصل صحة الكفالة بنفس من عليه حدّ القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس . ووجهه أنها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها . وأما حدّ الزنا والشرب فعدم صحة

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم ») أى الكفيل ضامن . ووجه الاستدلال أنه بإطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها . لايقال : هومشترك الإلزام لأنه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التى يلزم فيها الغرم على الكفيل . والكفيل بالنفس لايغرم شيئا لأن الغرم ينبئ عن لزوم مايضرّ وهو موجود في الكفالة بالنفس لأنه يلزم الكفيل الإحضار وهو يتضرر به (قوله ولأنه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لايقدر على تسليمه . وتقريره أنا لانسلم أنه لايقدر على تسليمه (قوله إذ لا قدرة له على نفس المكفول به) ممنوع فإن قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي ، على أن قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار بعد منع الدليل وذلك لأن معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا ،

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول : فيه أن البناء على ذلك ممنوع ، فإن الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما مر آنفا .

قال (وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أوبرقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفا على ما مرّ فى الطلاق ، وكذا إذا قال

الكفالة للزوم التنافى ، فإن الحد يحتال فى درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما . وأما الجبر على إعطاء الكفيل فيها فى الحدود لايجبر بالإجماع ، وفى القصاص كذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما . وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدى فلأن الكفالة لاتفيد لأن الشاهد عند مطالبة الطالب له بالأداء إما أن يجيب ويحضر أو لا ؛ ففى الأول لاحاجة إلى الكفالة ، وفى الثانى يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتنعقد إذا قال تكفلت الخ) شروع فى ذكر الألفاظ التى تثبت بها الكفالة ، وهى صريح وكناية ، فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلىّ وإلىّ ولك عندى هذا الرجل وعلىّ أن أوفيك به أوعلى أن ألقاك به أو أودعه إلىّ ، وحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به ، يقال حمل به حمالة بفتح العين فى الماضى وكسرها فى المضارع . وروى فى الفائق « الحميل ضامن » وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ، ويقال قبل به قبالة بفتحها فى الماضى وضمها وكسرها فى المضارع ، وهذه الألفاظ توجب لزوم موجب الكفالة إذا أضيفت إلى جملة البدن أو مايعبر به عن الجملة حقيقة فى اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على مامرّ مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أورأسه أوبدنه أووجهه لأن هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة ومجازا كهو رأس وتحرير رقبة وتقدم فى الطلاق ، ولم يذكر محمد رحمه الله ما إذا كفل بعينه . قال البلخى رحمه الله : لايصح كما فى الطلاق إلا أن ينوى به البدن . والذى يجب أن يصح فى الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل ، يقال عين القوم وهو عين فى الناس ولعله لم يكن معروفا فى زمانهم أما فى زماننا فلا شك فى ذلك ، بخلاف ما لوقال بيده أو رجله ويأتى فى دمه ماتقدم فى الطلاق (وكذا)

والحاجة وهى إحياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز إلا تعنتا وعنادا . قال (وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع فى ذكر الألفاظ المستعملة فيها ، وهى فى ذلك على قسمين : قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أوببدنه ، وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته ، فإن كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف . وكذا إذا عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لأن النفس الواحدة فى حق الكفالة لاتتجزأ ، فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر فى الطلاق من صحة إضافته إليه ، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لايعبر بهما عن البدن حتى لاتصح إضافة الطلاق إليهما ، وكذا تنعقد إذا قال ضمنته لأنه صريح بموجب عقد الكفالة . وكذا إذا قال علىّ لأنه صيغة الالتزام ، وكذا إذا قال إلىّ لأنه فى معنى على . فى هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلا أوعيالا فإلىّ » والكلّ : اليتيم ، والعيال : من يعول : أى ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال ، وكذا إذا قال أنا زعيم به لأن الزعامة هى الكفالة ، وقد روينا فيه أو قبيل لأن القبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لأنه

(قوله وكذا إذا عبر الخ) أقول : فى صحة عطفه تأمل (قال المصنف : لأنه لايعبر بهما عن البدن) أقول : لاحقيقة ولا عرفا فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى - تبت يدا أبى لهب -

بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لاتتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها ، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لايعبر بهما عن البدن حتى لاتصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح (وكذا إذا قال ضمنته)لأنه تصريح بموجبه(أو قال)هو (علىّ) لأنه صيغة الالتزام (أو قال إلىّ) لأنه فى معنى علىّ فى هذا المقام . قال عليه الصلاة والسلام « ومن ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالا فإلىّ ») (وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لأن الزعامة هى الكفالة وقد روينا فيه . والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمى الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة . قال (فإن شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه فى ذلك الوقت) وفاء بما التزمه ، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ، ولكن لايحبسه أول مرة لعله مادرى لماذا يدعى .

إذا أضاف إلى جزء شائع منه كتكفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة فى حق الكفالة لاتتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها) ووجه ضمنت (بأنه تصريح بموجبه) لأن موجب الكفالة لزوم الضمان فى المال فى أكثر الصور (وعلى صيغة التزام وإلىّ فى معناه قال صلى الله عليه وسلم « من ترك كلا ») أى يتيما (فإلىّ) لأن العطف يقتضى المغايرة . وقوله (وقد روينا فيه) اقتصر فى بعض النسخ وفى بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » فى الصحيحين عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلينا » وأخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه عن المقداد بن معد يكرب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من ترك كلا فإلىّ ، ومن ترك مالا فلورثته ، وأنا وارث من لاوارث له أعقل عنه وأرثه ، والخال وارث من لاوارث له يعقل عنه ويرثه » ورواه ابن حبان فى صحيحه . وفى لفظ لأبى داود « وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك دينا أو ضيعة فإلىّ » (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لاتثبت به الكفالة (لأنه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ، ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ . والوجه أن يلزمه لأنه مصدر متعدّ إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم ، بخلاف معرفته فإنه لايقتضى إلا معرفة الكفيل للمطلوب . وعن نصير قال : سأل ابن محمد ابن الحسن أبا سليمان الجوزجانى عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان ، قال أبو سليمان : أما فى قول أبى حنيفة وأبيك لايلزمه شىء ، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم . قال الفقيه أبو الليث فى النوازل : هذا القول عن أبى يوسف غير مشهور ، والظاهر ما عن أبى حنيفة ومحمد ، وفى خزانة الواقعات وبه يفتى : أى بظاهر الرواية ، لكن نص فى المنتقى أن فى قول أبى يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه ، وعلى هذا معاملة الناس . وفى فتاوى النسفى : لو قال الدين الذى لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لايكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام . وفى الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما إذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأنا أؤدى ، نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لايلزمه شىء ، ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج (قوله فإن شرط فى الكفالة) أى بالنفس (تسليم المكفول به فى وقت بعينه) أو يوم (لزمه إحضاره فيه وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه) وهذا إذا لم يظهر عجزه عن

التزم المعرفة دون المطالبة . وذكر فى المنتقى أنه إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبى يوسف ، وعلى هذا معاملة الناس . قال (فإن شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه فى ذلك الوقت وفاء بما التزمه ، فإن أحضره برئت ذمته ، وإن لم يحضره لايستعجل فى حبسه لعله مادرى لما يدعى)

(قال المصنف : فإن شرط فى الكفالة ، إلى قوله : فى ذلك الوقت) أقول : لا قبله كما فى الدين المؤجل ، فقوله فى ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع .

ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ، فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق . قال (وكذا إذا ارتدّ والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لأنه عاجز فى المدة فينظر كالذى أعسر ، ولو سلمه قبل ذلك برئ لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما فى الدين المؤجل . قال (وإذا أحضره وسلمه فى مكان يقدر المكفول له

إحضاره فيه ، فإن ظهر لا يحبسه إذ لا فائدة فى حبسه ، كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل ، فإن غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار فيها ، فإن لم يحضره وظهرت مماطلة الكفيل فيحبس إلى أن يظهر للقاضى تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر إلى وقت القدرة كالإعسار بالدين ، وإذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله . ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل ؛ فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف ؛ فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إليها إلى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة . وقيل لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدّق فى دعوى ما يسقطها . فإن أقام الطالب بينة أنه فى موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه . وفى بعض النسخ قوله (وكذا إذا ارتدّ ولحق بدار الحرب) يعنى يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب إن كان بيننا وبينهم موادعة ، فإن لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق ، وإن كان موتا فهو حكمى فى ماله ليعطى الأقرب إليه ، أما حقوق العباد فثابتة على حالها . ولم يفصل فى المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة . للشافعية فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان : أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها ، والثانى يسقط إلحاقا بالغيبة المنقطعة (قوله وإذا أحضره وسلمه إليه فى مكان يقدر المكفول له

فإذا علم ذلك وامتنع ، فإما أن يكون لعجز أو مع قدرة ، فإن كان الثانى حبسه الحاكم ، وإن كان الأول فإما أن يعلم مكانه أولا ، فإن كان الأول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ، فإن مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق ، وإن كان الثانى فالطالب إما أن يوافقه على ذلك أولا ، فإن كان الأول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال ، وإن كان الثانى فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه ، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج معها إلى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة إياه . وقال بعضهم : لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه الحاكم إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول ، فإن أقام الطالب بينة أنه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة . قال (وإذا أحضره وسلمه فى مكان الخ) إذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه فى مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون فى مصر برئ الكفيل لأن المقصود

(قوله وقال بعضهم لا يلتفت إلى قول الكفيل) أقول : وعمل القضاة اليوم على هذا .

أن يخاصمه فيه مثل أن يكون فى مصر برئ الكفيل من الكفالة) لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرّة . قال (وإذا كفل على أن يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برئ) لحصول المقصود ، وقيل فى زماننا لايبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لاعلى الإحضار فكان التقييد مفيدا (وإن سلمه فى برية لم يبرأ) لأنه لايقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه فى سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ، ولو سلم فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه . وعندهما لايبرأ لأنه قد تكون شهوده فيما عينه .

على أن يخاصمه مثل أن يكون فى مصر) من الأمصار (برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدى الطالب (وهذا لأنه ما التزم التسليم) بالكفالة (إلا مرة) وقد حصلت . ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذى كفل فيه . وعن أبى حنيفة ليس ذلك بشرط وهى المسئلة الأخيرة من مسائل التسليم ، ووضعها هنا أنسب . وجه قوله إنه يثبت بذلك قدرة المخاصمة فى الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله فى وقت يقدر فيه على مخاصمته ، وهذا لايكون ظاهرا إلا فى مصره لأن شهوده ظاهر فيه لافى غيره من الأمصار ، ولا يفيد التكفيل فائدته المقصودة به ، وقولهما أوجه . وفى الفتاوى : القاضى إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فإن الكفيل إذا سلمه إلى القاضى أو إلى رسوله برئ ، وإن سلم إلى المدعى لا ، وهذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعى ، فإن أضاف بأن قال أكفل للمدعى فالجواب على العكس ، أما إن عين مجلس القاضى أو المسجد الجامع فالمذهب أنه إذا سلمه فى السوق برئ لأن المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة . وحين اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لايبرأ بذلك لأن البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على إيصاله إلى حضرة القاضى بمعاونة الناس وعبار الطريق الآن لايقدرون أو لايفعلون إن قدروا فكان التقييد مفيدا . وقد روى عن أبى يوسف نصا وقال : لأن الناس لايعينونه الإحضار . قيل ويجب أن يفتى بهذا . ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضى أو عزل ذلك القاضى وولى غيره فدفعه عند الثانى جاز ، ذكره فى الخلاصة (ولو سلمه فى برية أو سواد لايبرأ) اتفاقا

بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضى ، فإذا سلمه فى مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لأنه ما التزم التسليم إلا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا ، وإن كفل على أن يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة . وقال شمس الأئمة السرخسى : المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم فى ذلك الوقت . أما فى زماننا إذا شرط التسليم فى مجلس القضاء لايبرأ بالتسليم فى غير ذلك المجلس لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لاعلى الإحضار والتقييد بمجلس القاضى مفيد ، وإن سلمه فى برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا إذا سلم فى سواد لعدم قاض يفصل الحكم وإن سلمه فى مصر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه ، وعندهما لايبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لايفيد المقصود . والجواب أن شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه ، فتعارض الموهومان وبقى التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذى التزمه فيبرأ ، وهذا لأن المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضى إما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل . وقيل هذا اختلاف عصر وأوان ، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان فى القرن الثانى وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهله بالصدق فكانت

(قوله فتعارض الموهومان) أقول : فيه بحث ، لأن الظاهر هو كونهم فى مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض .

ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لايبرأ لأنه لايقدر على المخاصمة فيه . قال (وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز عن إحضاره ، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وما له لايصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال . ولو مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل ، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام

(ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لايبرأ لأنه لايقدر على المحاكمة فيه) وفى المنتقى : رجل كفل بنفس محبوس ينبغى للقاضى أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن . ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه . وفى العيون : لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب فى السجن فأتى به الذى ضمنه إلى مجلس القاضى فدفعه إليه قال محمد : لايبرأ لأنه فى السجن ، ولو ضمنه وهو فى السجن يبرأ ، ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه إليه وهو فى الحبس ، إن كان الحبس الثانى من أمور التجارة ونحوها صح الدفع ، وإن كان فى أمر من أمور السلطان لايبرأ . ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إلىّ فدفعه وهو فى الحبس قال محمد : برئ بتسليمه إليه وهو فى حبسه . ومفهوم هذا القيد فى قول المصنف وقد حبسه غير الطالب . ولو قال المطلوب فى السجن دفعت نفسى إليك عن كفالته كان جائزا أيضا وبرئ الكفيل . وفى الواقعات : رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتى به الكفيل لايحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره (قوله وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل) يعنى يبرأ (لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لايصلح لإيفاء هذا الواجب) الذى هو إحضار النفس (بخلاف الكفيل بالمال) إذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصى ، فإن لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الأصيل : أعنى المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما فى الحياة ، ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل لأن الأجل باق فى حق المكفول عنه لبقاء حاجته إليه . وعن زفر لايحل بموت الكفيل لأنه مؤجل على الكفيل أيضا . أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لاتسقط بالمال لأن الكفيل موجود على

الغلبة لأهل الصلاح والقضاة لايرغبون إلى الرشوة ، وعامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه فى ذلك المصر أو فى مصر آخر ، ثم تغير الحال بعد ذلك فى زمن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة ، فقيد التسليم بالمصر الذى كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب . ولو سلمه فى السجن ، فإن كان الحابس هو الطالب برئ ، وإن كان غيره لم يبرأ لأنه لم يقدر على المحاكمة فيه . وذكر فى الواقعات : رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتى به الكفيل لايحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره ، ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتى به لأنه حال ما كفل قادر على الإتيان به . قال (وإذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقطا لها ، أما إذا مات المكفول به فلأن الكفيل عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وأما إذا مات الكفيل فلأنه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لامحالة . فإن قيل : فليؤدّ الدين من ماله . أجاب بأن ماله لايصلح لإيفاء هذا الواجب وهو إحضار المكفول به وتسليمه إلى المكفول له

الميت . قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا برىء فدفعه إليه فهو برىء) لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما فى قضاء الدين ، ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع ،

قدرته ، والوصىّ أو الوارث يقوم مقام الميت فى المطالبة فيطالبه بذلك (قوله ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا برىء فدفعه إليه فهو برىء لأنه) أى دفع المطلوب هو(موجب التصرف) يعنى الكفالة فلا يحتاج فى ثبوته إلى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط ، والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة . فإذا وجد وجدت وقد وجد ، إذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة إلى اشتراطها . وقوله (كما فى قضاء الدين) يعنى إذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ ، وإن لم يقبضه كالغاصب إذا ردّ المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فهاهنا أولى ، والبائع إذا سلم المبيع إلى المشترى قال الفقيه أبو الليث : إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفى حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته) أى من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسى أو دفعت نفسى إليك من كفالة فلان (صح) عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك . قال شمس الأئمة : لا نعلم فيه خلافا . قال المصنف (لأنه) أى المكفول (مطالب بالخصومة) وفى بعض النسخ مطالب بالحضور : يعنى إذا طالب الكفيل فكان

لا أصالة وهو ظاهر لأنه لم يلتزم المال ، ولا نيابة لأنه لا ينوب عن النفس ، بخلاف الكفيل بالمال فإن الكفالة لا تبطل بموته لأن ماله يصلح نائبا ، إذ المقصود إيفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما فى حالة الحياة . وإذا مات المكفول له فللوصىّ أن يطالب الكفيل إن كان له وصى ، وإن لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت . قال (ومن كفل بنفس آخر الخ) ومن كفل بنفس آخر بالإضافة ولم يقل فإذا دفعت إليك فأنا برىء فدفعه إليه برئ لأنه يعنى البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ، ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد ، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف ، وكحلّ الاستمتاع فإنه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا فى سائر الموجبات . وقال فى النهاية : لأنه موجب التصرف : أى لأن دفع المكفول به إلى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها صريحا ، وليس بشىء لأن الكلام فى أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له . قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير : إنما أورد هذا النفى الاشتباه لأن تسليم النفس محتاج إليه وقتا بعد وقت حتى يصل إليه حقه ، فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حقى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ، ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار إذا وجد التسليم ، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما فى قضاء الدين لأن الكفيل يبرئ نفسه بإيفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه ، فلو توقف لربما امتنع عن ذلك إبقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الإمكان ، ولو سلم الأصيل نفسه عن كفالته : أى كفالة الكفيل وقال دفعت إليك نفسى من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لأن

وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه . قال (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهوضامن لما عليه وهوألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح ، فإذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لأن وجوب المال عليه بالكفالة لاينافى الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق . وقال الشافعى :لاتصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع .

بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه إذا طالبه بمعجل الدين الذى عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا إذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعنى إذا قال سلمت إليك نفسه عن الكفيل ، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ماذكرنا لايبرأ الكفيل ، ولوسلمه أجنبى لا بأمر الكفيل عن الكفيل لايبرأ الكفيل بذلك إلا أن يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ ، بخلاف مالوسكت الطالب فلم يقل شيئا لايبرأ (قوله فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت فهو ضامن) للألف (لأن الكفالة بالمال) فى هذا (معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا تعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لاينافى الكفالة بنفسه إذ كل منهما للتوثق) ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان : أما الأول فخالف فيه الشافعى فقال لاتصح هذه الكفالة (لأنه) أى لأن تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع) فكما يجوز تعليق البيع كأن يقول إذا دخلت الدار فقد بعتك

المكفول به مطالب بالخصومة ، وفى بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل إذا طولب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم ، لكن إذا قال دفعت نفسى من كفالة فلان لأن تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين : من جهة نفسه ، ومن جهة الكفيل ، فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ ، وعلى هذا فما ذكر فى النهاية من قوله لأنه مطالب بالخصومة : أى لأن المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه إلى الطالب متبرعا فيه نظر ، لأنه لايلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لأن ثمة جهة أخرى كما بينا ، ولأنه يستلزم أن يبرأ الكفيل وإن لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف مافى المبسوط والشامل وغيرهما ، وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه . قال (وإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا الخ) رجل قال إن لم أواف بفلان إلى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره فى الوقت المذكور ضمن المال وافاه : أى آتاه من الوفاء ، وقيد بقوله لما عليه ، وهومفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شىء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما ، وبقوله وهوألف وهو غير مفيد لأنه إذا قال فعلىّ مالك عليه ولم يسمّ الكمية جاز لأن جهالة المكفول به لاتمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ؛ ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك فى هذه الجارية التى اشتريتها من ذلك صحت ، وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع أنها لم تعلم هل تبلغ النفس أولا . ثم الحكم فى هذه المسئلة شيئان : أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعى رحمه الله . والثانى عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أداء ماتكفل به من المال بعد وجود الشرط . والدليل على الأول قوله لأن الكفالة بالمال : يعنى فى هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط . وهذا التعليق يريد به تعليق

(قوله فيه نظر لأنه لايلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول : فيه تأمل ، ثم إن الضمير فى قوله فيه نظر راجع إلى « ما » فى قوله فما ذكر فى النهاية .

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام ، فقلنا : لايصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه . ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف .

كذا بمائة فقبل الآخر لايثبت البيع عند الدخول كذلك . هذا (ولنا أنه) أى عقد الكفالة (يشبه البيع) فى الانتهاء من حيث أن الكفيل بالأمر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع فى الابتداء بـ(التزام) المال ؛ فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لايصح تعليقه ، وبالنظر إلى الثانى فقط يجوز مطلقا ، فإن النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين (فقلنا إن كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أى تعارفوا تعليقها به (صح عملا بشبه النذر) وإن كان بغير متعارف كدخول الدار (وهبوب الريح ونحوه لايجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف) ثم ذكر خصوص الكمية فى صورة المسئلة وهى الألف اتفاق فى التصوير ، فإن الكفالة لاتتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لاتضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمالك عليه صح ، ومهما ثبت بالبينة أنه عليه لزمه . وأما الثانى فقد نقل عن الشافعى عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فإنما لاتصح الكفالة الثانية للتعليق : وأما ثبوت صحتهما فللمقتضى وهو الكفالة بالنفس أولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لأن موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس إسقاط أحدهما مسقطا للآخر لجواز أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذى كفل به معلقا ؛ وليس فى اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البدل إلا لو كانت العبارة كفلت بنفسه ، على أنى إن لم أواف به إلى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ، ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان : ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة بما له عليه بأن كفل بنفسه على أنه إن لم

الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لأنه شرط متعارف ، وسنذكر أن تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح ، فإذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال . وعلى الثانى قوله لأن وجوب المال عليه بالكفالة لاينافى الكفالة بنفسه ، وتقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لاتبطل إلا بما ينافيها من التسليم أو إبراء أو موت ، وليست الكفالة بالمال منافية لهما لاجتماعهما ، ولأن كلا منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وإبطالها يفضى إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع . وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ، ووجوب البدل ينافى وجوب المبدل منه كما فى خصال الكفارة . وأجيب بأن بدليتها ممنوعة ، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وبأن اجتماعهما صحيح والوفاء بهما إذ ذاك واجب ، بخلاف خصال الكفارة على الصحيح . وقال الشافعى : هذه الكفالة : أى المعلقة بالشرط لاتصح لأنه أى تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع فى لزوم المال بالعوض بالرجوع على الأصيل إذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر فى البيع لايجوز فكذا هاهنا . والجواب أنا لانسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة لاالتزام المال : سلمناه ، ولكن أشبه البيع مطلقا أو من وجه ، والأول ممنوع والثانى يفيد المطلوب لأنه يشبه البيع من وجه كما مر ، ويشبه النذر من حيث الالتزام ، فشبه

(قال المصنف : ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول : تعليق النذر بالشرط صحيح . قال فى البدائع : إذا قال إن كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى .

قال (ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة .

يواف به إلى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغى أنه إذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ، ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه إليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره إلى القاضى لينصب وكيلا فيسلمه إليه ، وعلى هذا لو باع على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضى يرفع المشترى إلى القاضى لينصب وكيلا عن الغائب ويرد عليه . قال الفقيه أبو الليث : هذا خلاف قول أصحابنا ، وإنما روى فى بعض الروايات عن أبى يوسف . ولو فعله القاضى فهو حسن ، ذكره فى الخلاصة ، وفيها كفيل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فالمال الذى للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف الأول . وهنا ثلاث مسائل : إحداها أن يكون الطالب والمطلوب واحدا فى الكفالتين وأنه جائز استحسانا . والثانية أن يكون الطالب مختلفا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين ، وإن كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين اثنين فهو المختلف فيه . ولو كفل بنفسه إلى غد فإن لم يواف به غدا فى المجلس مثلا فعليه المال الذى عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم تواف غدا لتقبضه منى فأنا برىء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم تواف أنت لم يصدق واحد منهما ، فلو أقام المطلوب بينة على الموافاة برئ من الكفالتين ، وكاما كفل على أنه إن لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لايصدق ، ولو كفل بنفسه وقال فإن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه) يعنى بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به إن كانت الكفالة بإذنه : فإن قيل : ينبغى أن لايجب المال إذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهى قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت . أجيب بالفرق بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه ، بخلاف الانفساخ بالموت إنما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر إذ لاضرورة إلى تعديها إلى الكفالة بالمال . وأما جواب المحبوبى والمبسوط بأن تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق إبراءه بعدم الموافاة :

البيع يقتضى أن لايجوز التعليق بالشروط كلها ، وشبه لنذر يقتضى جواز ذلك وإعمال الشبهين أولى . فقلنا : لايصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ، ويصح بشرط متعارف عملا بهما . والتعليق بعدم الموافاة متعارف فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم فى ذلك أكثر من رغبتهم فى مجرد الكفالة بالنفس . قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ، وهذه مسئلة الجامع الصغير ، فهى وإن وافقت مسئلة القدورى المذكورة فى أن كلا منهما وجب عليه المال بعدم الموافاة بالشرط لكنه علمها هاهنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره ، وفيه شبهة قوية وهى أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط مايترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة ، ولهذا إذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت إذا سقطت الأولى بالإبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه . لأن

قال (ومن أدعى على آخر مائة دينار بينها أولم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة. فلم يوافِ به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) لأنه علق مالا مطلقا بخطر ؛ ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ماعليه ،

فخروج عن الظاهر احتياطا لإيجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ، ولم يذكر فى أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيخان ؛ فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدورى بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف . والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهى أن عدم الموافاة إذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان ، وإنما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل ، بخلاف موت المكفول عنه لأنه غلب عن ذلك بأمر سماوى لاحيلة له فى دفعه ولا تقصير منه فيه ، وإلا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لايفيد عدم معرفة حكم هذه . إذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ، ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه ، هذا إذا مات المكفول به ، فلو مات الكفيل قبل مجىء الوقت هل يجب المال دينا فى تركته إذا مضى الوقت ؟ قال ظهير الدين : فى الأصل إشارة إلى أنه يجب فإنه قال : إن وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لايلزم الكفيل المال ، وإن أبى القبول يجبر عليه لأن لهم حقا فى ذلك وهو أن لايلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورتها فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة : فى رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل

الأولى سقطت بالموت لما تقدم أن الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به وإلا لزم أن يكون مافرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل . وأجاب الإمام ظهير الدين رحمه الله فى فوائده بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له ، فبالإبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه ، وبالموت تنفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة ، لأن المستحق به تسليم يقع ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها فى حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق ، هذا ماذكره ، ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصودا لأن المؤكد لم يسقط بالنسبة إليه فهو تأكيد كما كان . فإن قيل : إذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع . قلنا : الالتزام منه غير مدفوع ، وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن . فإن قيل : ترك الاستثناء ظنا منه أن بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا مايترتب عليها . قلنا : دعوى منه على خلاف إطلاق لفظه فى إن لم يواف فلا يفيده فى إضرار غيره . قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا . وقال محمد : إن لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لاتسمع دعواه فلايقدر المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة ، وذلك لوجهين : أحدهما أن الكفيل علق فى كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه إلى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لايكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذى هو على المدعى عليه ، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه فى الحال ، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ الإمام أبى منصور الماتريدى ، وهو كما ترى يقتضى أن لاتصح الكفالة وإن بين المال وبه صرح المصنف . والثانى أن الدعوى بلا

ولاتصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس ، وإذا لم يجب لاتصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه ، بخلاف ما إذا بين . ولهما أن المال ذكر معرّفا فينصرف إلى ما عليه ، والعادة جرت بالإجمال فى الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان ، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترّتب عليها الثانية .

دعه وأنا كفيل بنفسه إلى غد فإن لم أوافك به غدا فعلىّ مائة دينار فرضى بذلك فلم يواف به غدا ، قال عليه المائة الدينار فى الوجهين جميعا إذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له ، وهذا قول أبى يوسف ، وقال محمد : إن ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه . وأراد بالوجهين ما إذا بينها : أى ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل . والأفيد أن يراد بالوجهين ما إذا ادعى المائة عينها أولا ، وما إذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذى سماه الكفيل . لمحمد وجهان : أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة إذا لم ينسب المائة إلى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب فى الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل مايدعيه فلا يثبت ذلك بالشك ، وعلى هذا الوجه عوّل أبومنصور الماتريدى ، وهذا الوجه لايمنع صحة الكفالة بالنفس . الثانى أن الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعى به (من غير بيان فلم يجب إحضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لأنه بناء عليه) وإذا لم تصح الأولى لم تصح الثانية . وعلى هذا الوجه عوّل الكرخى وهو مبطل للكفالتين . قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال فى الدعاوى) قبل الحضور إلى مجلس القاضى احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان ، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلىّ مائة دينار ، وكذا ذكر غير واحد ، وكذا فى المبسوط ، فالوجه أن يترك المقدمة الأولى ويقال إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التى سيدعيها حكامنا بأن الكفيل كان يدرى خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر . وحاصل هذا أنا لانحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر ، فإذا ظهرت ظهر أنه إنما كفل بالألف المدعى به . وفى الخلاصة قال : إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التى عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لاشىء علىّ والطالب يدعى ألفا

بيان غير صحيحة ، فلم يجب إحضار النفس وحينئذ لاتصح الكفالة بالنفس فلا يصح ماينبنى عليها . وهذا منسوب إلى الشيخ الإمام أبى الحسن الكرخى ، وهو يقتضى الصحة إذا كان المال معلوما عند الدعوى . ولهما أن المال ذكره معرفا لأنه قال : فعلىّ المائة فينصرف إلى ماعليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة ، فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الأولى . وهذه النكتة فى مقابلة النكتة الأولى لمحمد ، وقوله والعادة جرت فى مقابلة الثانية . وتقريره أن المال إذا لم يكن معلوما لابأس بذلك لأن العادة جرت بالإجمال فى الدعاوى فى غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة فى مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان ، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكأنه أراد بالمائة المطلقة فى الابتداء المائة التى يدعيها ويبينها فى الآخرة ، وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ، ويكون القول قوله

قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه : لايجبر عليها عنده ، وقالا : يجبر فى حد القذف لأن فيه حق العبد و فى القصاص لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما فى التعزير ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى .

والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف الأول ، وفى قوله الآخر وهو قول محمد لا شىء عليه ، وهذا يقتضى أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده . ويستفاد بها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه على الأصيل ، وسنذكر مايظهر فيها (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رضى الله عنه) قال المصنف (معناه لايجبر) على إعطاء الكفيل (عنده ، وقالا : يجبر فى حد القذف لأن فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفى القصاص لأنه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك ، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد ، ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطى بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته إلا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلا (بخلاف الحدود الخالصة حقا لله) كحد الزنا والشرب لاتجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لأن قبلها لايستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لايسمع دعوى أحد فى الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الأصيل وبعد إقامة البينة قبل التعديل أوشهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة ، بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضى على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة بإحضاره . وأورد عليه : ينبغى أن لايحبس بذلك لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر . أجيب بأن الحبس فى هذا ليس للاحتياط لإثبات الحد بل لتهمة الإعارة والفساد تعزيرا ، وإذا لم يكفل به ماذا يصنع ؟ قال : يلازمه إلى وقت قيام القاضى عن المجلس ، فإن أحضر البينة فيها وإلا خلى سبيله . وروى عن أبى يوسف فى الذى يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإنى أحبسه وأخلده فى السجن

فى هذا البيان لأنه يدعى صحة الكفالة . قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طالب منه كفيل بنفسه بأن يحضره فى مجلس القضاء لإثبات ما يدعى المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لايجبر عليه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لايجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجاز . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يجبر فى حد القذف لأن فيه حق العبد فيجبر عليها كما فى سائر حقوقهم وفى القصاص لأنه خالص حق العبد : أى لأن المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب ، وليس تفسير الجبر هاهنا الحبس بل الأمر بالملازمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كى لايتغيب ، فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب فى الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول ، بخلاف الحدود الخالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لاتجوز الكفالة بها وإن طابت نفس الكفيل بها سواء أعطاه قبل إقامة البينة أو بعدها . أما قبل إقامتها فلأن أحدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لاتسمع دعوى أحد فى الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصل ؛

(قوله وفى القصاص لأنه خالص حق العبد) أقول : معطوف على قوله يجبر فى حد القذف .

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « لا كفالة في حدّ من غير فصل » ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الإستيثاق ، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع) لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم . قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي

إلى أن يتوب ، لأن شرّ هذا على الناس وشرّ الأول على نفسه . ولأبي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم « لا كفالة في حد ») رواه البيهقي وقال : تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين ، ورواه ابن عدي . في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به . قال : مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية ، كما يروى عن سائر المجهولين (ولأن مبنى الكل) يعني الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه بنفسه . هذا (ولو سمحت نفسه) أي نفس المطلوب (بإعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه) وهو تسليم النفس (لأن تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة حقا لله لأن تسليم النفس واجب فيها ، لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ، ولأنه معارض بوجوب الدرء (ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لنفي المجهول

وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة إلى أخذ الكفيل (ولأبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم « لا كفالة في حد » من غير فصل) يعني بين ماهو حق العبد منه وبين ماهو خالص حق الله ، قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم . ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح . وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي : روى هذا الحديث مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولأن مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل) فإن قيل : حبس بإقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل . أجيب بأن الحبس للتهمة على مايذكر لا للاستيثاق (بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) فإنه محض حق العبد يسقط بإسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه كما في الأموال (ولو سمحت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحدّ القذف صح بالإجماع لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين . قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه ، وفي بعض النسخ فيهما : أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه : أي يعرف الحاكم كونه عدلا لأن الحبس هاهنا للتهمة : أي لتهمة الفساد لا لإثبات المدعى لأنه يحتاج إلى حجة كاملة ، والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة ،

(قوله قيل هذا إلى قوله مرفوعا) أقول : القائل هو الإتقاني ، وقال في شرحه : ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات) أقول : تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل (قوله أي لتهمة الفساد لا لإثبات المدعى) أقول : الأظهر لا الثبوت .

لأن الحبس للتهمة ههنا ، والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة : إما العدد أو العدالة ، بخلاف الحبس فى باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة . وذكر فى كتاب أدب القاضى أن على قولهما لا يحبس فى الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة .

(لأن الحبس هنا للتهمة) لا لاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة ، إما العدد أو العدالة) فإذا وقعت التهمة حبس بالنص ، وهو ماروى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة » . وقدمنا تخريجه والكلام فيه فى الحدود (بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه) أى فى المال فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الإيفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها . أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل ، والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص . وفى الصحاح والمغرب : التهمة بالتحريك ، وأصل التاء فيه واو من وهمت الشىء أهمه وهما من باب ضرب : أى وقع فى خلدى ، والوهم مايقع فى القلب من الخاطر ، واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله اوتهمت كما فى اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ماقبلها ثم أبدلت منها وأدغمت فى تاء الافتعال . قال المصنف (وذكر فى أدب القاضى أن على قولهما لا يحبس فى الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) إذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان : فى رواية يحبس ولا يكفل ، وفى أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما . ويجمع بينهما بأن المراد بالأولى يحبس إن لم يقدر على كفيل ، وبالثانية يكفل بلا حبس إن قدر على الكفيل ، ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص

لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها . وقد روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة » بخلاف الحبس فى باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة . وحاصل الفرق أن ماكان الحبس فيه أقصى عقوبة كما فى الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإيفاء لا يحبس فيه إلا بحجة كاملة ، وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فإن الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة . ولقائل أن يقول : الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافى الدرء بالشبهات ، والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » وبالإجماع على ذلك فينتفى الحبس للتهمة . ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضا بالتهاون فيه ، وبيانه أن الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لإفضائه إلى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه ، فإذا وجد أحد شطرى الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون فى ذلك وهو قادح فى عدالته ، والإيفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطرى الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم ، والحبس من النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ، ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء ، والله أعلم بالصواب . وذكر فى كتاب أدب

(قوله ينافى الدرء) أقول : لانسلم ذلك ، وإنما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما فى التكفيل ، وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدده كذلك ، وقد صرحوا فى الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره فى معرض الجواب مع اشتماله على مالا يخفى فليتأمل (قوله ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء) أقول : فحينئذ يكون الاتهام أكثر فليتأمل .

قال (والرهن والكفالة جائزان فى الخراج) لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما . قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لأن موجبه التزام

(قوله والرهن والكفالة جائزان فى الخراج) لأن الكفالة ضم فى المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه ، والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أى كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به . وظهر بما قررناه أن قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر ، فالمطالبة ترجع إلى الكفالة والاستيفاء يرجع إلى الرهن . وإنما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لاتجوز الكفالة به لأن الخراج فى حكم الصلات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة ، لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران ، بخلاف دين الزكاة فإنه وإن كان مطالب من العباد وهو الإمام فى الأموال الظاهرة والمالك فى الباطنة لاتصح الكفالة به فإنه ليس حقيقة الدين ، لأن حاصله إيجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ، ولذا لايؤخذ من تركته جبرا للورثة عندنا ، ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك ، فإن المالك للعين يتحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة ، بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالبا للمالك ، فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ، ومطالبة الإمام ليس لإيصال المستحقين إلى أملاكهم بل إلى مايستحقون لابطريق الملك ، بخلاف سائر الديون فإنها مملوكات (قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لأن موجبه التزام

القاضى : لايحبس فى الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس . وقيل معنى كلامه أن فى الحبس فى الحدود والقصاص عنهما روايتين : فى رواية يحبس ولا يكفل ، وفى رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما ، وفى دلالة كلامه على ذلك خفاء لامحالة . قال (والرهن والكفالة جائزان فى الخراج الخ) أورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لايصح لكونه فى حكم الصلات دون الديون المطلقة فإن صحة الكفالة تقتضى دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك ، ألا ترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لأجله فصحت الكفالة عنه . وإنما قيل مطلقا يعنى فى الحياة والممات احترازا عن الزكاة فإنها يطالب بها ، أما فى الأموال الظاهرة فالمطالب هو الإمام ، وأما فى الباطنة فلاكها لكونهم نواب الإمام ، والكفالة بها لاتجوز لأنها غير مطالب بها بعد الموت ، ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره فى باب الكفالة ، فقوله (لأنه دين مطالب به) إشارة إلى صحة الكفالة ، فإن كل دين صحيح تصح المطالبة به فى الحياة ، والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ماشرع الكفالة لأجله فيه . وقوله (ممكن الاستيفاء) إشارة إلى صحة الرهن فإنها تعتمد إمكان الاستيفاء لكونه توثيقا بجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد فى الرهن والكفالة عليه . قيل فى كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد فى قصده ذلك . قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب لأن

(قوله وقيل معنى كلامه) أقول : القائل هو الكاكى (قوله أورد هذه المسئلة ههنا الخ) أقول : أنت خبير بأنه لا يدل على وجه إيرادها فى أثناء مسائل الكفالة بالنفس ، وهل المهم بيانه إلا ذلك ، ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة فى الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والأمر هين (قال المصنف : فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول : قال الإتقانى : الضمير فى عليه راجع إلى الخراج ، وفى فيهما راجع إلى الكفالة والرهن انتهى . والأظهر أن ضمير عليه العقد وضمير فيهما الكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل فى كلام المصنف لف ونشر مشوش) أقول : القائل هو الإتقانى .

المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أومجهولا إذا كان دينا صحيحا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أوبما لك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع) لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكنى به حجة ،

المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق . ثم إذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لايبرأ الآخر بالإجماع ، بخلاف الكفالة بالمال إن كفلوا معا طولب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل . مثلا : كفل ثلاثة معا بألف لا يطالب أحدهم إلا بثلثها ، ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالألف ، وأيهم قضى سقطت عن الباقين (قوله وأما الكفالة بالمال) هوعديل قوله أول الباب : الكفالةضربان : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال من حيث المعنى ، فإن المعادلة الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو إنما قال فالكفالة بالنفس الخ ، والكفالة بالمال عندنا جائزة وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار . وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى القديم . وقال فى الجديد هو وابن أبى ليلى والليث وابن المنذر : لا تجوز بالمجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز فلابد من تعيينه لوقوع المماكسات فى مبادلة المال بالمال ، والكفالة عقد تبرع كالنذر لايقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم فى ذلك ، ويدل على ذلك إقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ماكان عليه فعلى ، فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة . ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع ، وما نوقض به من أنه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فإنه لايصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أى مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك إجماع) وضمان الدرك أن يقول للمشترى أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله ، وقد نقل

موجب عقد الكفالة التزام المطالبة : أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل فى المطالبة بأن يكون مطلوبا بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه ، ولهذا قلنا : إن إبراء الكفيل لايرتد برده لرجوعه إلى إلزام من له الطلب على الطالب وهو خلف باطل ، والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق ، وما يزاد به الشىء لاينافيه البتة فكان المقتضى لجوازه موجودا والمانع منتفيا ، فالقول بامتناعه قول بلا دليل ، وإذا صحت الثانية لم يبرإ الأول لأنا إنما صححناها ليزداد التوثق ، فلو برئ الأول مازاد إلا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل . وقال ابن أبى ليلى : يبرأ الكفيل الأول لأن التسليم لما وجب على الثانى فلو بقى واجبا على الأول كان واجبا فى موضعين وهو بناء على أصله أن الكفيل إذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك هاهنا . والجواب أن ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والأصل موافقتها ويفضى إلى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فإن فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ، ثم إذا أسلم أحد الكفيلين نفس الأصيل إلى الطالب برئ دون صاحبه . قال (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع فى بيان الكفالة بالمال ، وهى جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بألف ، أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع : يعنى من الضمان بعد أن كان دينا صحيحا ، لأن مبنى الكفالة على التوسع فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة . وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول ، وفيه إشارة إلى نفى قول من يقول إن الضمان بالمجهول لايصح لأنه التزام

(قوله لرجوعه إلى إلزام من له الطلب الخ) أقول : فيه تأمل .

وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار ، وشرط أن يكون دينا صحيحا ومراده أن لايكون بدل الكتابة ، وسيأتيك فى موضعه إن شاء الله تعالى. قال (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذى عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله) لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الأول لا البراءة عنه ، إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى ، كما أن الحوالة بشرط أن لايبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاه الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين

نص الشافعي رضى الله عنه على جواز ضمان الدرك ، وأما الاستدلال بقوله تعالى ـ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ـ على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بإنكار فيمكن أن يدعى أن حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف فى زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجة) أى خطأ ، فإن العمد على تقدير السراية يجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص ، وإذا كانت خطأ فى الكفالة بها جهالة المكفول به فإنها إن سرت إلى النفس وجب دية النفس وإلا فأرش الشجة ومع ذلك صح . وقدمنا أن المراد من الدين الصحيح مالايكون بدل الكتابة فإنه ليس بدين صحيح لأن العبد متمكن من إسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولأنه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده . وكذا يحترز به عن دين الزكاة فإنه دين حتى يمنع وجوب الزكاة ، لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا . والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذى عليه الدين وإن شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم . وعن مالك لايطالب الكفيل إلا إذا تعذرت مطالبة الأصيل (وله مطالبتهما) جميعا لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء ، إلا إذا شرط فى الكفالة براءة الأصيل فحينئذ لايطالب الأصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها فتجرى حينئذ أحكام الحوالة ، كما أن الحوالة بشرط أن لايبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه (إذا اختار تضمين

مال فلا يصح مجهولا كالثمن فى البيع . وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول ، وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة أى شجة كانت إذا كانت خطأ فإنها صحيحة وإن كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار . وإنما قيل خطأ لأنها إذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فإنها توجب القصاص والكفالة به لاتصح . ولما مر ذلك فى كلامه لم يحتج إلى التقييد به (وشرط أن يكون المكفول به دينا صحيحا) وفسره بأن لايكون بدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح ، إذ الدين الصحيح هو الذى له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه ، والمطلوب لايقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء ، وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه . وقيل لأن المولى لايجب له على عبده شىء فيطالبه به . قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذى عليه الأصل : أى الدين ويسمى الدين أصلا لأن المطالبة مبنية عليه ، فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا ، وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الأول لا البراءة عنها إلا إذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى ، كما أن الحوالة بشرط أن لايبرأ المحيل تكون كفالة ، فعلى هذا له أن يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا . بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين : أى الغاصب وغاصب الغاصب ، فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لايقدر على تضمين الآخر

(قوله ولما مر ذلك) أقول : فيه بحث (قوله وقيل لأن المولى الخ) أقول : فيه شىء ، ويندفع بقولنا قياسا تأمل .

أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثانى ، أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق . قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلىّ أو ماذاب لك عليه فعلىّ أو ماغصبك فعلىّ . والأصل فيه قوله تعالى ـ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ـ والإجماع منعقد على صحة

أحد الغاصبين) يعنى الغاصب وغاصب الغاصب إذا قضى القاضى عليه بذلك ليس له أن يضمن الآخر (لأن اختياره) تضمين (أحدهما) أى إن قضى القاضى عليه (يتضمن التمليك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة ، بخلاف المطالبة عن الكفالة لاتقتضى التمليك ولو قضى عليه مالم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول مابايعت فلانا فعلىّ وما ذاب لك عليه ، أى ما وجب وثبت فعلىّ من ذوب الشحم ، لأن المعنى إن بايعته فعلىّ درك ذلك البيع . وإن ذاب لك عليه شىء فعلىّ ، وكذا ماغصبك فعلىّ ، وإذا صحت فعليه مايجب بالمبايعة الأولى . فلوبايعه مرة بعد مرة لايلزمه ثمن المبايعة الثانية . ذكره فى المجرد عن أبى حنيفة نصا . وفى نوادر أبى يوسف برواية ابن سماعة : يلزمه كله ، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح ، حتى لوبايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شىء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول فى الإضافة . ولو قال ما بايعت من الناس فعلىّ ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه ، بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئذ قليلة تتحمل : والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لاتمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه فى التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة ، وفى التنجيز لاتمنع . مثال ذلك لو قال : ماذاب لك على أحد من الناس أو مابايعت أحدا فهو علىّ لاتصح لجهالة المضمون عنه فى الإضافة ، وكذا لوقال ماذاب لأحد عليك فهو علىّ لاتصح لجهالة المكفول له . ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلىّ جاز لانتفائهما ، ومن المثل ماغصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لاتصح الكفالة ، كأنه قال : مايجب لك على واحد من الناس فعلىّ . وفيه لاتصح لجهالة المكفول عنه . ومن بايع فلانا اليوم من بيع فعلىّ لايلزم الكفيل شىء لجهالة المكفول له لأنه ضمن الواحد من الناس . بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما يايعتموه فعلىّ يصح فأيهم بايعه لزم الكفيل لأنه ضمن لمعينين ، وحينئذ يجب كون أهل الدار فى المسئلة التى قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين وإلا فلا فرق . ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله

لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك إذا قضى القاضى بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثانى . أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك . قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم . مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أولإمكان الاستيفاء مثل أن يقول : إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئا أو إذا حل مالك عليه ولم يوفّ به فعلىّ . ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر ، وقيد بكون زيد مكفولا عنه لأنه إذا كان أجنبيا كان التعليق به كما فى هبوب الريح . واستدل بقوله تعالى ـ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ـ فإن منادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجىء بصواع الملك ، وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام ، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله من غير إنكار . وفيه بحث من وجهين : أحدهما ما قال بعض الشافعية إن هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتى به لالبيان الكفالة ، فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة إنما

ضمان الدرك ، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع ، أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه ،

على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له . ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة للمكفول عنه فى غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج إلى فرقين فرق بين المكفول له . وعنه فى التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له . وفرق بين المكفول عنه فى التنجيز والإضافة حيث يصح فى التنجيز دون الإضافة . أما الأول فما ذكر فى الذخيرة أن الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لأنه تملك ما فى ذمة المكفول عنه من الكفيل فلابد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشترى وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشترى مانعة للبيع ، والكفالة فى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لاتمنع جهالة المعتق جواز العتق . وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه فى الإرسال والتعليق أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تمليك فى حق الطالب . وإنما جوّز استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوما فإذا كان مجهولا يبقى على القياس . وحاصل هذا أن المبطل هو الإضافة لا جهالة المكفول عنه . إذا عرف هذا جئنا إلى مسئلة الكتاب ، فاستدل المصنف وأكثر الأصحاب بقوله تعالى — ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم — ونقل عن أبى بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة ، وكذا قال أصحاب الشافعى لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة ، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا . والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة أن المكفول له فى الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته إلا فى مسئلة واحدة ستأتى . وعامة المشايخ قالوا : الاستدلال به صحيح ، فإن الزعيم حقيقة الكفيل ، والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك ، فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير ، لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه ، إلا أن فيه جهالة المكفول له ؛ فقد اشتملت على أمرين : جواز الكفالة مع جهالة المكفول له ، وجوازها مضافة . وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبى قتادة فى قصة الميت المديون بدرهمين فقال على هما على ، فصلى عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين . ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ، ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك . ولما كان إضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطا ملائما ، وملاءمة الشرط بأحد ثلاثة أمور : أحدها أن يكون سببا للزوم الحق وهو الذى عبر عنه المصنف (بأن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشترى ، ومن هذا القبيل ما فى الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجىء بصاع الملك فإنه سبب وجوب الجعل . الثانى (أن يكون شرطا لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه . الثالث (أن يكون

تكون إذا التزم عن غيره وهاهنا قد التزم عن نفسه . والثانى أن الآية متروكة الظاهر لأنها تشتمل على جهالة المكفول له

أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة ، وما ذكر من الشروط فى معنى ماذكرناه ، فأما لايصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وكذا إذا جعل واحد منهما أجلا ، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق .

سببا لتعذر الاستيفاء مثل إن غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيئا . ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنت مالك على فلان إن توى وإن حل مالك عليه ولم يوافك به . وفى الخلاصة نقلا عن الأصل قال للمودع إن أتلف المودع وديعتك ، أو جحدك فأنا ضامن لك صح ، وكذا إذا قال إن قتلك ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح ، بخلاف إن أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كإن دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لايصح هذا التعليق (وكذا إذا جعل واحد منهما أجلا) يعنى من هبوب الريح ومجىء المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عليه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجىء المطر لايصح ، إلا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الأجل ، بخلاف مالو علقها بهما نحو إذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فإن الكفالة باطلة أصلا . ولو جعل الأجل الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل . فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لاتصح معه الكفالة أصلا ومع الأجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله (لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق)

وهى تبطل الكفالة . والجواب عن الأول أن الزعيم حقيقة فى الكفالة والعمل بها مهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغير : إن الملك يقول — لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم — بذلك فيكون ضامنا عن الملك لاعن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة . وعن الثانى بأن فى الآية أمرين : ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له ، وإضافتها إلى سبب الوجوب ، وعدم جواز أحدهما بدليل لايستلزم عدم جواز الآخر . فإن قلت : ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له ، فإن الأولى لاتمنع الجواز أصلا ، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحدا من الناس ، والثالثة تمنعه مطلقا .؟ فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها لأنه قال تعالى — حمل بعير — وهو غير معلوم لأنه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقا ، والثانية إنما تمنعه لأجل الإضافة لاللجهالة فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتى ، وإنما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوما فالمجهول باق على أصل القياس ، والثالثة إنما تمنعه مطلقا لأن الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع حتى لاتصح من غير قبول الطالب ، وفى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلا وإذا كان بمنزلة البيع فى حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشترى مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لاتمنع كما أن جهالة المعتق لاتمنع جواز العتق ، وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتى (قوله وكذا إذا جعل كل واحد منهما أجلا) أى كما لايصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجىء المطر كذا لايصح جعلهما أجلا للكفالة

(قال المصنف : وما ذكر من الشروط فى معنى ماذكرناه) أقول : أى فى معنى الذى ذكرناه ، وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به (قال المصنف : فإما لايصح التعليق بمجرد الشرط) أقول : ولا تصح الكفالة أيضا هنا كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول : كما إذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك(قوله وهذا هو الموعود) أقول : الإشارة إلى كون الكفالة بيعا فى حق الطالب ، فإنه إذا كانت الكفالة تمليكا فى حقه وإضافة التمليك إلى المستقبل لاتصح لم تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل فى القياس فليتأمل (قال المصنف : وكذا إذا جعل واحد منهما أجلا) أقول: أى وكذا لايصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام (قال المصنف : لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط) أقول : أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا : أى بأجل متعارف.

(فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وإن لم تقم البينة

يقتضي أن فى التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة ، وإنما يبطل الشرط والمصرح به فى المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال ، وقلد المصنف فى هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل . هذا وظاهر شرح الإتقانى المشى على ظاهر اللفظ ، فإنه قال فيه : الشرط إذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة به ، ومثل بقوله إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال : وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجىء المطر لايصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأن كل ما جاز تعليقه بالشرط لايفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق . وفى الخلاصة : كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلا ، فإن لم يكن مشروطا فى الكفالة فالشرط باطل ، وإن كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى . وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إن كانت فى صلبها (قوله فإن قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع فى بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل ، وهذا على اختلاف الألفاظ التى تقع بها الكفالة ، فمن ذلك ماذكر من قوله تكفلت بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شىء إلا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها (لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه) فوجب عليه (ولولم تقم بينة

وفى كلامه نظر من أوجه : الأول أن قوله لايصح التعليق يقتضى نفى جواز التعليق لا نفى جواز الكفالة مع أن الكفالة لاتجوز . الثانى أن قوله وكذا إذا جعل معطوف على قوله فأما لايصح فيكون تقديره وكذا لايصح إذا جعل ، ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة إذا لم يذكر ثالثا . والأول لايجوز إذ لامعنى لقوله وكذا لايصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما أجلا . والثانى كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة . والثالث أن الدليل لايطابق المدلول لأن المدلول بطلان الأجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ، ومع ذلك فليس بمستقيم لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسئلة . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن حاصل الكلام نفى جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه . لايقال : نفى الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة ولا تنتفى الكفالة بانتفاء الأجل لأن الإيجاب المعلق نوع ، إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف فى موضعه والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه ، وقد تقدم فى الصرف ما يقاربه إن كان على ذكر منك . وعن الثانى بأن فاعل يصح المقدر هو الأجل ، وتقديره : وكذا لايصح التعليق لايصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلا . وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازا بقرينة قوله (ويجب المال حالا) وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ، ويجوز المجاز عدم الثبوت فى الحال فى كل واحد منهما (فإن قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك إذا ثبت بالبينة فصح الضمان به (وإن لم تقم البينة

(قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول : يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مرادا به التأجيل على طريقة الاستخدام .

فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار مايعترف به) لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق فى حق نفسه) لولايته عليها .

فالقول قول الكفيل فى مقدار ما على المكفول عنه) مع يمينه (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ، ويصدق) المكفول عنه (فى حق نفسه) بما أقرّ به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ماذاب لك على فلان فهو علىّ أو ما ثبت فأقرّ المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فإنه بمعنى حصل وقد حصل بإقراره ، بخلاف الكفالة بما لك عليه فإنها بالدين القائم فى الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب ، والوجوب يثبت بإقراره ، بخلاف ما قضى عليه لك لايلزم إلا أن يقضى القاضى ومثل مالك ما أقرّ لك به أمس ، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه فى الحال ولم يثبت أنه واجب عليه ، فإن قال ما أقرّ به فأقرّ فى الحال يلزمه ؛ ولو قامت بينة أنه أقرّ له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ماكان أقرّ لك ، ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضى لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل . وفى الخلاصة : رجل قال ما أقرّ فلان به فهو علىّ فمات الكفيل ثم أقرّ فلان فالمال لازم فى تركة الضامن ، وكذا ضمان الدرك . وفيها : رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علىّ صح ، فإن قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه منى وأقرّ به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ، ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما ، ولو قال إن لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لاسبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ، ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ، ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك إن أعطاه مكانه أو ذهب إلى السوق فأعطاه أوقال اذهب إلى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز ، فإن قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ، ولو قال إن تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ، ولو قال إن عجز غريمك عن الأداء فهو علىّ فالعجز يظهر بالحبس إن حبسه ولم يؤد لزم الكفيل . وفى فتاوى النسفى : رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار فى ترك الكفالة . وفى مجموع النوازل : جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالى ببعضهم فقال المختفون الذين وجدهم الوالى لاتطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص ، فلو أخذ الوالى منهم شيئا فلهم الرجوع ، قال : هذا مستقيم على قول من يقول

فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار مايعترف به لأنه منكر للزيادة) وإنما كان القول قوله لأنه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما إذا أقرّ بشيء مجهول ، وإنما كان مع يمينه لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال ، وإليه أشار بقوله لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقرّ به لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق فى حق نفسه لولايته عليها) كالمريض إذا أقرّ فى مرض الموت يصح إقراره فى حق نفسه ولا يصح فى حق غرماء

(قال المصنف : لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول : قال الزيلعى : بخلاف ما إذا قال ماذاب لك على فلان فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا . والقياس لايلزمه شيء لما بينا . وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى بأى طريق كان فى مسئلة الكتاب تكفل بما عليه فى الحال ، فإذا أخبر الطالب أو المطلوب ماعليه كان متهما فلا يصدق مالم يقم البينة اه . وفيه بحث .

قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف فى حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضى به (فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره

بجواز ضمان الجباية ، وعلى قول عامة المشايخ لايصح . ولو كفل بما له على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التى عنده جاز إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه ، فإن هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل أنها هلكت ، فلو غصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ؛ ولو ضمن بألف على أن يعطيه إياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » فإنه أعم من كونه بإذن وبلا إذن (ولأنه) أى عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أى هذا الالتزام (تصرف فى حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على المطلوب) لأن ضرره (بثبوت الرجوع) ولارجوع عليه (لأنه) أى الرجوع (عند أمره و) عند أمره يكون (قد رضى به ، فإن كفل بأمره رجع بما أدى لأنه قضى دينه بأمره) مقيد بأمرين : أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر ، فلو كان صبيا أو محجورا وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه ، ولو كان عبدا محجورا فإنما يرجع عليه بعد عتقه ، فلو كان الصبى مأذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الإذن . ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عنى كأن يقول اكفل عنى اضمن عنى لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه ، فلو قال اضمن الألف التى لفلان على لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بدليل ما فى إشارات الأسرار : إذا قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر إلا

ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له فى حالة المرض . قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عنى أو تكفل عنى وبغير أمره سيان فى الجواز ، لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » وأمثاله لايفصل بين كونها بأمره أو بغيره ، ولأن الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير ، وذلك تصرف فى حق نفسه ، وكل ما هو تصرف فى النفس فهو لازم إذا لم يتضرر به غيره ، وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة ، والمطلوب إن تضرر فإنما يتضرر بالرجوع عليه ، وذلك لا يكون إلا عند الأمر . فما لم يأمر لم يتضرر ، وإن أمر فقد رضى ، والضرر المرضى غير ضائر فتبين أن الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب . ثم إن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دين غيره بأمره . ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه ، ولا ينتقض بما إذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه أو عبدا كذلك وأمر الكفيل فإنه إذا أدى لا يرجع على الصبى أصلا ولا على العبد مادام رقيقا ، لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ، ولا بما إذا قال لغيره أد عنى زكاة مالى أو أطعم عنى عشرة مساكين ففعل فقد أدى دين غيره بأمره ولا يرجع عليه مالم يقل الآمر على أنى ضامن ، لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ماتقدم ،

(قال المصنف : لأنه قضى دينه بأمره) أقول : المراد أمره المعهود (قوله لأن المراد بالأمر ماهو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تأمل ، فإنه لو لم يكن معتبرا لم يرجع على العبد بعد ماعتق ، ثم قوله لأن المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول : جواب لقوله ولا بما إذا قال لغيره الخ .

(وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) لأنه متبرّع بأدائه ، وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن

إذا كان خليطا أو شريكا . وقال أبو يوسف : يرجع لأنه وجد القضاء بناء على الأمر فلابد من اعتبار الأمر فيه ، وأن يكون كذلك إلا إذا كان قضاء من جهة الذى أمر فصار كما لو قال اقض عنى ويتضمن ذلك استقراضا منه ، ومتى قلنا لايقع عن الذى أمر لغا الأمر لأنه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الأمر وعلمه سواء . أما الخليط فيرجع فيه بالإجماع ، والخليط هو الذى يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه . وأورد مطالبة بالفرق بين الأمر فى الكفالة وبين ما إذا قال أدّ عنى زكاة مالى أوأطعم عنى عشرة مساكين فأدى عنه لايرجع على الآمر مالم يشترط الضمان فيقول على أنى ضامن فلم يكتف بمجرد الأمر فى الرجوع وإن ذكر فيه لفظة عنى بل حتى يشترط الضمان وفى الكفالة اكتفى به . وأجاب فى الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام بأن الآمر طلب التمليك من المأمور فى الفصول كلها لأنه أمره أن يؤدى عنه ويقضى عنه وأن يكون قاضيا عنه إلا بعد أن يصير المقضى به ملكا للآمر ، إلا أن الملك للآمر إنما يثبت فى ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه ، فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك وإلا فلا . وفى قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لأنه إنما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له ، حتى لو ظهر أن لادين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل ، وليس ذلك إلا القرض . وفى باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل ، حتى لو ظهر أن لا زكاة عليه لايسترد ، من الفقير ماقبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه إلا بالشرط . والحاصل أن الأمر فى الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عنى ، وفى قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب؛ ولو ذكر لفظة عنى لما ذكرنا أن الملك إنما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذى ثبت للقابض . وقوله (وإن كفل بغير أمره لم يرجع) هو قول الشافعى ورواية عن أحمد ، وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه فى استيفاء المال من الأصيل . وقلنا : تمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز ، وحيث تساهلنا فى شىء من ذلك فإنما معناه التشبيه : أى هو كالمملك ، وفى الكفالة بالأمر يجب المال للكفيل على الأصيل حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر إلى أدائه ، وهذا لايكون فى كفالته بلا أمره (لأنه متبرع) ولا يمكن إثبات المال فى ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لايرجع . وقوله (رجع بما أدى معناه إذا أدى ماضمنه أما إذا أدى خلافه) فإنما (يرجع بما ضمن) حتى لو كان الدين زيوفا : فأدى عنها جيادا فإنما يرجع بالزيوف أو كان الدين جيادا فأدى عنها

وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع بأدائه والمتبرع لايرجع . وقال مالك : الكفيل إذا أدّى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره ، لأن الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه فى استيفاء المال من الأصيل ؛ والجواب أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز ، وإذا كفل بأمره فبنفس الكفالة ؛ كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الأصيل ولكنه يؤخر إلى أدائه ، وهذا لايكون عند كفالته بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به فى فصول : منها الأداء إلى صاحب الدين ، ومنها هبته إياه ، ومنها إرثه له ، ومنها صلحه إياه على جنس آخر . فأما الفصل الأول فعلى نوعين : أحدهما أن يكون أدى ماضمن

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول : فيه شىء ، فإنه لادين على الكفيل فى الأصح .

لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب ، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث ، وكما إذا ملكه المحتال عليه

زيوفا وتجوّز الطالب بها فيرجع بالجياد ، بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى ، فلو كان الدين جيادا فأدى زيوفا يرجع بالزيوف ، ولو كان زيوفا فأدى جيادا رجع بالزيوف أيضا لأن رجوعه بحكم الأمر ، ولم تدخل صفة الجودة فيما إذا كان الدين زيوفا تحت الأمر . أما الكفيل فإنما يرجع بحكم الكفالة ، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإن ماله عينه ، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدّق به عليه فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه . فإن قيل : ينبغي أن لاتصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار ، وبهذه المسئلة استدل من قال إن الكفالة ضم فى الدين . أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لاتجوز إذا لم يأذن للغير فى قبضه ، فأما إذا وهب الدين من آخر وأذن له فى قبضه جاز استحسانا ، وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل . والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء ، وإنما اخترنا هذه العبارة لأن بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذى على المطلوب إذ صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس فى ملكه . والأوجه إما اعتبار الدين فى ذمة الكفيل كما هو فى ذمة الأصيل ويسقط عنهما بأداء أحدهما كما هو أحد القولين ، أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف ، وإذا وهب الكفيل الدين لابد من قبوله ، بخلاف ما إذا أبرأه لأن الواجب عليه المطالبة وبالإبراء تسقط فلا يحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد . وقوله (وكما إذا ملك المحتال عليه الدين) بالأداء إلى المحتال بأن أحال المديون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فإنه يملك الدين

وفيه الرجوع بما أدى لأنه أدى مثل ما ضمن . والثانى أن يقول أدى خلاف ما ضمن كما إذا أدى زيوفا بدل ماضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك ، وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى . قال المصنف (لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما فى ذمته فكذا من نزل منزلته ، وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذى فى ذمة المكفول عنه للكفيل فإن الكفيل يملكه ويرجع على الأصيل بما ضمن ، وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فإنه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة لا فى الدين . والثانى أن الهبة والميراث المملوك واحد لاتعدد فيه وهو ماضمن ، وأما فى الأداء بخلاف ماضمن فقد تعدد الأمر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد : أعنى ما أدى وما ضمن . والجواب عن الأول بوجهين : أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا إذا وهبه وأذن له فى القبض فقبضه ، وهذا لأن ذلك إنما لا يصح لأنه تمليك ما لا يقدر على تسليمه . وإذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه إياه ، وحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز . والثانى أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة ، وأما إذا كانت فيجوز أن يجعل فى الدين وهاهنا قد وجدت الضرورة لأن الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين فى ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما ، وهذا يرشدك إلى الفرق بين إبراء الدين وهبته له فى أن الإبراء لايرتدّ بالرد والهبة ترتد به ، فإن الإبراء إسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفى مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود

بما ذكرنا فى الحوالة، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شىء حتى يملك الدين بالأداء ، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل .
قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى عنه) لأنه لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية .

الذى على المحيل فيرجع به لا بما أدى ، حتى لو أدى عروضا أو دراهم عن الدنانير لا يرجع إلا بالدين كالكفيل، وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال . وقوله (كما ذكرنا فى الحوالة) أى حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء) فإنما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الألف (لأنه إسقاط) أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل . وقوله (فصار كما لو أبرأ الكفيل) يعنى عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمسمائة ، فكذلك إذا صالح على خمسمائة عن الألف لا يرجع إلا بخمسمائة ؛ أو المعنى إذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشىء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى عنه : لأنه) أى الكفيل (لا يملكه قبل الأداء ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية)

فلا يرتد بالرد ، والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم وذلك فى غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة إلى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد ، فكما لو وهب الدين من الأصيل صح الرد فكذا من الكفيل . وعن الثانى بأن التشبيه إنما هو فى نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود فى الجميع ثم إذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب إلا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك ، بخلاف ما ضمن فإن المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب (قوله بما ذكرنا فى الحوالة) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل ، تقريره : الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه ، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل . وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الديون لم يجب له على الآمر شىء حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن ، وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبارهما ، فلو أدى الزيوف على الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لأن أداء المأمور به لم يوجد ، وإن عكس فكذلك لأن الأمر لم يوجد فى حق الزيادة فكان متبرعا بها ، وعلى هذا فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح ، وأما إذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين : أحدهما أن يصالحه على أقل من الدين كما إذا صالح عن الألف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لأنه إسقاط فكان إبراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما يذكره . والثانى أن يصالحه على جنس لآخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتى . قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدى عنه لأن الموجب للمطالبة هو التمليك وهو

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول : فيه تأمل .

قال (فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه
١٠ لحقه من جهته فيعامله بمثله (وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن الدين عليه فى الصحيح

فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فإن لوزم) الكفيل (بالمال فله أن يلازم المكفول عنه) إذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه ، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه) خلافا للشافعى فى الأظهر قال لأنه لا دين له عليه إذ الدين لا ينتقل إليه إلا بالأداء ولم يؤد بعد. وقلنا : ملازمته وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لأنه الذى أدخله فى ذلك فعليه خلاصه وإلا فيعامله بمثل ماعامله به (قوله وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل) بالإجماع (لأن الدين عليه) أى على الأصيل (فى الصحيح) خلافا لمن ذكر أن الدين فى ذمة الكفيل كذا قيل ، وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل إن الدين فى ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس إلا فى ذمة الأصيل قائل بأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الأصيل . ويشترط قبول الأصيل أو موته قبل القبول والرد فإن ذلك يقوم مقام القبول ، ولو ردّه ارتد ودين الطالب على حاله . واختلف المشايخ أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا ؟ فبعضهم يعود وبعضهم لا ، بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل لما ذكرنا قريبا ، ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته ؛ فعند أبى يوسف القبول والرد للورثة ، فإن قبلوا صح ، وإن ردوا ارتد ،

لا يملكه قبل الأداء فانتفى الموجب ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الموجب قد وجد فى حقه حيث انعقد بينهما : أى بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ، ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا فى مقدار الثمن ، وللوكيل ولاية حبس المشترى عن الموكل لأجل الثمن كالبائع ، والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة . قال (فإن لوزم بالمال الخ) إذا لوزم الكفيل له أن يلازم المكفول عنه إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين فى ذمة الكفيل لأنه هو الذى أوقعه فى هذه الورطة فعليه خلاصه ، وكذا إذا حبسه كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره . وقال الشافعى رحمه الله : ليس له ذلك لأنه لايتعلق له حق على الأصيل قبل الأداء . وقلنا هو مورط فعليه الخلاص ، فإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ الكفيل لأنه أبرأ الأصيل ، وإبراء الأصيل يستلزم إبراء الكفيل لأن المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالإبراء فلم تبق المطالبة على الأصيل وهو ظاهر ، ولا على الكفيل لأن الدين لم يكن عليه فى الصحيح ولم يكن عليه إلا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها . وقوله فى الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين فى ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم . ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الأصيل لاتوجب براءة الكفيل ، فإن ذلك بالإجماع . ويعلل بأن الكفالة لاتكون إلا فيما هو مضمون على الأصيل ، وقد سقط الضمان عن الأصيل بالأداء أو الإبراء فيسقط عن الكفيل أيضا لأن وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الأصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا . فإن قيل : قولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل فى ابتداء الكفالة فإن براءة الأصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل . قلنا : لانقض فى ذلك ، فإنا قلنا إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ، وإذا شرط براءة الأصيل فى ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل ، بل الباقى إذ ذاك محال عليه ، ولم نقل بأن براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه

(وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه) لأنه تبع ، ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز (وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الأصل) لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحالّ مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لاحق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه ، أما هاهنا فبخلافه .

وقال محمد : لايرتد بردهم كما لو أبرأهم فى حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء (وإن أبرأ الكفيل لم يبرإ المكفول عنه لأن عليه) أى على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أى بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصيل فلا يبرأ الأصيل بإبرائه (وكذا إذا أخر عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد فإن قيل: الإبراء المؤبد لايرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده وبرد الأصيل يرتدان كلاهما . والجواب أن الفرق بينهما فى حكم لايستلزم الفرق بينهما فى كل حكم ، وسبب الافتراق فى ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ماذكر فى الذخيرة أن الإبراء المؤبد إسقاط محض فى حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا أن الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والإسقاط المحض لايحتمل الرد لتلاشى الساقط كإسقاط الخيار ، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير مطالبة وليس بإسقاط ؛ ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الإسقاط المحض ، فإذا عرف هذا فالم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالمال حالّ يطالبان به للحال ، وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أى بالدين (الحالّ مؤجلا إلى شهر) مثلا (فإنه يتأجل عن الأصيل) إلى شهر (لأنه) أى المكفول له (لاحق له حال الكفالة إلا فى الدين) فليس إذ ذاك حتى يقبل التأجيل سواه (فكان الأجل)الذى يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الأصيل (أما هاهنا) وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه) لأنها تقرر

(وإن أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الأصيل) لأن على الكفيل المطالبة دون أصل الدين ، وسقوط المطالبة عنه لايوجب سقوط أصل الدين لأن بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز ؛ ألا ترى أنه لو مات الكفيل ماسقط الدين عن الأصيل (وإن أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله ، وإن أخر عن كفيله لايكون تأخيرا عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت) لإسقاط المطالبة إلى غاية (فيعتبر بالإبراء المؤبد) ورد بأن هذا اعتبار مع عدم التساوى وهو باطل ؛ ألا ترى أن الكفيل لو ردّ الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الإبراء وتسقط عنه المطالبة ، ولو رد الإبراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا . والجواب أن اعتبار شىء بغيره لايستلزم التساوى بينهما من كل وجه وإلا لايبقى الاعتبار . نعم يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر ، وهو ماذكروه أن الإبراء المؤبد إسقاط محض فى حق الكفيل لاتمليك فيه حيث لم يكن عليه إلا مجرد مطالبة ، والإسقاط المحض لايقبل الرد كإسقاط الخيار ، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه إسقاط ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما إذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل . تقريره لانسلم أن التأخير عن الكفيل لايكون تأخيرا عن الأصيل ، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحالّ مؤجلا إلى شهر فإنه يكون تأخيرا عن الأصيل . ووجه ذلك أنه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لأصل الدين لأنه لما شرط التأجيل فى ابتداء الكفالة ، ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين ، لأن المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره ، وإذا كان تأخير الأصل الدين وهو فى ذمة الأصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا (أما هاهنا)

قال (فإن صالح الكفيل ربّ المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الأصل) لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهى على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة .

حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فإن صالح الكفيل ربّ المال عن الألف على خمسمائة) إن شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئا جميعا، وإن شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب بخمسمائة، بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقى حيث يرجع الكفيل بألف، وإن لم يشرطا براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الألف على خمسمائة وهى مسئلة الكتاب (برئا جميعا) عن خمسمائة (لأنه) أى الكفيل (أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو) أى الدين (على الأصيل) فيبرأ الأصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منها على ماذكرنا ويرجع الكفيل على الأصيل بالخمسمائة التى أوفاها ولا خلاف فى هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لأنه) أى الصلح بجنس آخر (مبادلة فيملكه) أى الدين (فيرجع بجميع الألف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التى صالح بها لأنه أوفى هذا القدر، ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لأن الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الألف لما فيه من الربا، ولا يمكن تمليكها من الكفيل لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، ولا يمكن أن تجعل واجبة فى ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لأن وجوبها فى ذمة الكفيل عند الحاجة إلى التمليك، وفى خلاف الجنس يحتاج إلى التمليك وفى الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا، بل هو إسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للأصيل فتسقط عنهما، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كان كفل بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل) لأن الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة، وجعل فى النهاية صورة هذه المسئلة ما فى المبسوط لو صالحه على مائة على إبراء الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة لأن إبراء الكفيل فسخ للكفالة

أى فيما إذا حل بعد الكفالة فإنما كان للتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين) قال (فإن صالح الكفيل ربّ المال الخ) مصالحة الكفيل ربّ المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه : هو أن يشترط براءتهما جميعا، أو براءة المطلوب خاصة، أو براءة الكفيل خاصة، أو لم يشترط شىء من ذلك. ففى الأول والثانى برئا جميعا، وفى الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والألف بحاله على الأصيل والطالب بالخيار إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل وإن شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إن كان الصلح والكفالة بأمره . وفى الرابع وهو مسئلة الكتاب . فإن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الألف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الأصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا

(قوله إن كان الصلح والكفالة بأمره) أقول : لوجوب كون الصلح بأمره تأمل .

قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلىّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لاتكون إلا بالإيفاء ، فيكون هذا إقرارا بالأداء فيرجع (وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لأنه براءة لاتنتهى إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء . ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثانى لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لايرجع الكفيل بالشك . وقال أبو يوسف رحمه الله : هو مثل الأول لأنه أقرّ ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه

(قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) بأمر المكفول عنه (قد برئت إلىّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لأن لفظ إلى لانتهاء الغاية ، والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى فى هذا التركيب فلابد أن يكون ثم مبتدأ وليس إلا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين . وهذا معنى الإقرار من ربّ الدين وبالقبض من الكفيل ، كأنه قال دفعت إلىّ فلا يرجع على واحد منهما ، ويرجع الكفيل على الأصيل إن كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة فى هذا . وهنا ثلاثة مسائل : إحداها هذه ، والثانية قال أبرأتك من المال ليس إقرارا بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به ، والثالثة برئت من المال ولم يقل إلىّ فهذا إقرار بالقبض عند أبى يوسف كقوله برئت إلىّ . وعند محمد كقوله أبرأتك إثباتا للأدنى وهو براءة الكفيل

جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى لأنه أوفى هذا القدر بأمره ، وإن قال صالحتك عما أستوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا إسقاطا لأصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل إن شاء والباقى من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى ومصالحته إياه ، بخلاف الجنس تمليك لأصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الألف . واعترض بأنه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لايجوز . وأجيب بأنه جعل الدين فى ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الأصيل لأن براءة الكفيل لاتوجب براءة الأصيل ، بخلاف ما إذا صالح على خمسمائة حيث لايمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن الألف لكونه ربا فيبقى الدين فى ذمة الأصيل والبراءة مشروطة له ، وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرءان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كفل بأمره كما ذكرنا . قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالإبراء : إحداها ماذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب ، والثانية أن يذكر ابتداؤها من الطالب ، والثالثة بالعكس . فالأولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره مالا قد برئت إلىّ من المال ، وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكر أن البراءة التى يكون ابتداؤها من المطلوب : أى الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب لاتكون إلا بالإيفاء ، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إلىّ المال أو قبضته منك وهو إقرار بالقبض فلا يكون لربّ الدين مطالبة من الكفيل ولا من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل . والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لارجوع للكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل لأن مادل عليه اللفظ براءة لاتنتهى إلى غيره وذلك بالإسقاط فلايكون إقرارا بالإيفاء وهاتان بالاتفاق . والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه . قال محمد رحمه الله : هو مثل أن يقول أبرأتك لأنه يحتمل البراءة بالأداء والبراءة بالإبراء والثانية أدناهما فتثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر ،

(قال المصنف : لأنه براءة لاتنتهى إلى غيره) أقول : الضمير فى قوله لأنه راجع إلى ما فى ضمن أبرأتك من البراءة ، والمعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لاتنتهى .

الإيفاء دون الإبراء . وقيل فى جميع ماذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان إليه لأنه هو المجمل .

إذ فى الزائد عليه شك فلا يثبت . وفرق محمد بين هذا وبين مالوكتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها فإنه إقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت إلى ّ بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء ، وإن حصلت بالإبراء لايكتب الصك عليه فجعلت الكتابة إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الإبراء . وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إلى ّ لأنه إقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب . وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت ، والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء ، بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لاتتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل ، وما قاله محمد إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين . واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأنى المدعى من الدعوى التى يدعى على ّ ، منهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأنى من هذا المال الذى ادعاه ، ومنهم من قال لايكون إقرارا لأن الدعوى تكون بحق وبباطل . ولو قال الكفيل أنت فى حل ّ من المال فهو كقوله أبرأتك لأن لفظة الحل تستعمل فى البراءة كالإبراء دون البراءة بالقبض . قالوا فى شروح الجامع الصغير : هذا إذا كان الطالب غائبا ، فأما إذا كان حاضرا يرجع إليه فى البيان أنه قبض أو لم يقبض لأن الأصل فى الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل فى البيان ، والمراد من المجمل هنا ما يحتاج إلى تأمل ويحتمل المجاز وإن كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت إلى ّ معنى لأنى أبرأتك لا حقيقة المجمل : يعنى يرجع إليه إذا كان حاضرا لإزالة الاحتمالات ، خصوصا إن كان العرف من ذلك

وتوجيه أن يقال تيقنا بحصول البراءة بأى الأمرين كان وشككنا فى الرجوع ، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع الكفيل ، وإن كانت بالإبراء لم يرجع فلا يرجع بالشك . وقال أبو يوسف : هومثل أن يقول برئت إلى ّ لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب ، فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك إنما يكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الإيفاء لأنه يضع المال بين يدى الطالب ويخلى بينه وبين المال فتقع البراءة وإن لم يوجد من الطالب صنع ؛ فأما البراءة بالإبراء فما لايوجد بفعل الكفيل لامحالة . وقيل أبوحنيفة مع أبى يوسف رحمهما الله فى هذه المسئلة ، وكأن ّ المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى . وقيل فى جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان إليه لأنه هو المجمل ، وأما إذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة . واعترض بوجهين : أحدهما هو أن المجمل مالايمكن العمل به إلا ببيان المجمل ، وقد ظهر مما ذكر أن العمل به ممكن . والثانى أن حكم المجمل التوقف قبل البيان ، وهاهنا قد اتفقوا على العمل فى الوجه الأول والثانى بالإثبات والنفى فكيف يكون مجملا مع انتفاء لازمه . وأجيب بأن قوله برئت إلى وإن كان بمنزلة الصريح فى حق إيفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إلى ّ لأنى أبرأتك وإن كان بعيدا عن الاستعمال . وما ذكروه فى تعليل الأوجه الثلاثة استدلالى لاصريح فى الإيفاء وغير الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص ، فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب فى ذلك سقط العمل بالاستدلال وإن كان واضحا فى دلالته على المراد ، وكونه غير صريح فى الإيفاء والإبراء هو الذى سوّغ استعمال لفظ المجمل ، والرجوع إلى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لاشبهة فيه ، وهذا تطويل لاطائل تحته إن كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحى ، وإن كان المراد به

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراءات . ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق ، ولهذا لايرتدّ الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل. قال(وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لاتصح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لابنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه ، وهذا لأن العقوبة لاتجرى فيها النيابة .

اللفظ مشتركا ، منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ، ومنهم من يقصد الإبراء (قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أى بالشرط المتعارف مثل إن عجلت لى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لايجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال على أنى إن وافيت به غدا فأنا برىء من المال فوافاه به برئ من المال لأن هذا شرط ملائم ، على أنه لاورود له لأن الفرض أن فيه روايتين فهذا الفرع شاهد إحداهما (ويروى أنه يجوز) وهو أوجه لأن المنع لمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب . أما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة (فكان) إبراؤه (إسقاطا محضا كالطلاق ، ولهذا لايرتدّ بالرد من الكفيل بخلاف الأصيل) لايصح تعليقه لأن فيه معنى تمليك المال . وقوله (وكل حق لايمكن استيفاؤه من الكفيل لاتصح الكفالة به) كنفس (الحدود و) نفس (القصاص) إذ لايقتل الكفيل بدلا عن المكفول

المجمل اللغوى وهو ما كان فيه إبهام فالخطب إذايهون هونا . قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاءغد فأنت برىء من الكفالة لايجوز لأنها ليست بإسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراءات ، والتعليق إنما يصح فى الإسقاط المحض . وردّ بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال إن وافيتك به غدا فأنا برىء من المال فوافاه من الغد فهوبرىءمن المال فقد جوّز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به ، والمسئلة فى الإيضاح ، ويروى أنه يصح لأنها إسقاط محض كالطلاق ، لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ، ولهذا لايرتد الإبراء عن الكفيل بالردّ بخلاف إبراء الأصيل والإسقاط المحض يصح تعليقه . وقيل فى وجه اختلاف الروايتين إن عدم الجواز إنما هو إذا كان الشرط شرطا محضا لامنفعة للطالب فيه أصلا كقوله إذا جاء غد ونحوه لأنه غير متعارف فيما بين الناس ، كما لايجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل . فأما إذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الإيضاح فإن الطالب لهفيه نفع لما فيه من إبراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل؛ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال عجل خمسمائة على أنى أبرأتك من الباقى كان صحيحا ، وإن علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما إذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على مايقابله . قال (وكل حق لايمكن استيفاؤه من الكفيل لاتصح الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لاتصح الكفالة به . ومعنى قوله لايمكن لايصح لأن إمكان الضرب أو حزّ الرقبة ليس بمنتف لامحالة لكنه لايصح شرعا ، وعبر عنه بعدم الإمكان مبالغة فى نفى الصحة ، فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لايصح الاستيفاء منه ، لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعذر. إذ الوجوب عليه ، إما أن يكون أصالة والفرض خلافه ، أو نيابة وهى لاتجرى فى العقوبات . قالوا : لأن المقصود هو الزجر وهو بالإقامة على النائب لايحصل وفيه تشكيك ، وهو أن الزجر إما أن يكون للجانى بأن لايعود إلى مثل مافعل أو لغيره ، فإن كان الأول فقد لايحصل المقصود كما

(قوله فإن كان الأول) أقول : ويجوز أن يعكس فيتبين ببطلان الأول بما ذكره فى وجه بطلان الثانى وبالعكس ، بل هذا أظهر.

قال (وإذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز) لأنه دين كسائر الديون (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ، لا بما كان مضمونا بغيره

عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو غير مضمونة ، فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر فى يد المستأجر . والمضمونة إما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن والرهن فإنه مضمون بالدين فالثلاثة الأول لاتصح الكفالة بها أصلا بناء على أنها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شىء . وقالوا : رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها ، بخلاف العارية فإن تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها ، وكذا الباقى من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل ، فإن هلك فعليه بدله لأن هذا القدر لايجب على الأصيل ، بل لو هلك المبيع إنما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره ، والباقى ظاهر فلا يجب على الكفيل ، وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ، ومتى هلك فلا شىء على الكفيل ، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها ، ولو عجز بأن مات العبد المبيع أوالرهن أوالمستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء ، وما ذكر شمس الأئمة السرخسى أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل ، فقد نص فى الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة ، وكذا فى المبسوط ، ونص القدورى أنها بتسليم المبيع جائزة ، ونص فى التحفة على جميع

ترى بعض المتهتكين يعودون إلى الجناية وإن كان الثانى فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا فى الحدود وأما فى القصاص فالأول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت أصلا لا محالة . والثانى كما فى الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى ، فإنه لم يروعن أحد من أهله خلاف فى جريانها فى العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا فى المسلمات وهو غير مسموع . قال (وإذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشترى جائزة بلا خلاف لأنه دين صحيح كسائر الديون ، وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده . واعلم أن الأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الأولية إلى ما هو أمانة لايضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ، وإلى ما هو مضمون . ثم المضمون ينقسم إلى ماهو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون ، وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسليمها ، فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضمونا بالغير ، وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ، فعلى هذا لاتجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشترى إن هلك المبيع فعلىّ بدله لأنه غير مضمون بغيره وهو الثمن ، ولا بالمرهون لأنه مضمون بالدين ، ولا بالوديعة والمستعاروالمستأجر لأنها أمانة ، وتجوز فى المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب . ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما ، وتسليم قيمته عند الهلاك لأنها أعيان مضمونة بعينها ، ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك ، وما لم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ، ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالأعيان مطلقا بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين فى الذمة فكان محلها الديون دون الأعيان ، وأن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده وذلك يتصور فى الديون دون

(قوله فقد لايحصل المقصود) أقول : تأمل فإن عدم الحصول نادر لايضرنا (قوله ومالم تجب قيمته عند الهلاك) أقول : الموصول عبارة عن الأعيان المضمونة .

كالمبيع والمرهون ، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة . ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز

ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة . والوجه عندى أن لافرق بين الثلاثة الأول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الأمانات ، إذ لاشك فى وجوب الرد عند الطلب ، فإن قال الواجب التخلية بينه وبينها لاردّها إليه فنقول : فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلى بينه وبينها بعد إحضاره إليها ، ونحن نعنى بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ، ومن حمل المردود إليه . قال فى الذخيرة : الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة ، وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ، ويجب على الكفيل مايجب على الأصيل وهو دفع العين ، فإن عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل . وفى المبسوط : ادعى عبدا فى يد رجل فلم يقدمه إلى القاضى وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد فى يد المطلوب وأقام المدعى البينة أن العبد عبده يقضى القاضى بقيمته على المطلوب ، وإن شاء على الكفيل لأن بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين ، كما أن الواجب على الأصيل كذلك ، والقول قول الكفيل فى قيمته لإنكاره الزيادة كالأصيل : أعنى الغاصب ، فإن أقرّ الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولايصدق على الكفيل . وفى المبسوط : كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شىء لأن عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة فى يد المرتهن ،

الأعيان . وقلنا بناء على أصلنا إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة والمطالبة تقتضى أن يكون المطلوب مضمونا على الأصيل لامحالة ، والأمانات ليست كذلك ، والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن ، والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الأصيل حتى لو هلك المبيع فى يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ، ولو هلك الرهن فى يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وإن كان الثانى : أعنى الكفالة بتسليم الأعيان المذكورة ، فما كان مضمونا بغيره كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن ، والمرهون إذا كفل عن المرتهن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز . وذكر فى الذخيرة أن الكفالة عن المرتهن للراهن لاتصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ، ولعل محمله اختلاف الروايتين ، فإن هلك المبيع فلا شىء على الكفيل لأن العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لايضمن الثمن ، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لأن عين الرهن إن كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماليته كان أمانة فى يد المرتهن ولا ضمان فيها . وما كان أمانة فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فإن الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ، ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه ، كما لاتجوز بعينها . وإن كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم إذا ضمن رجل تسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الأجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مأخوذ بتسليمها مادامت حية فإن هلكت فليس على الكفيل شىء لأن الإجارة انفسخت وخرج الأصيل عن كونه مطالبا بتسليمها ، وإنما عليه رد الأجر والكفيل ما كفل به ، وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة إشارة إلى عدم جوازه ، وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسى فى ذلك فإنه قال : الكفالة بتسليم العارية باطلة ، قيل وهذا ليس بصواب ، فقد نص محمد رحمه الله فى الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة ، وفيه نظر لأن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع

(قوله فإن الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول : هو أيضا يعد تسليما فينبغى أن تجوز الكفالة به على ماذكره بعض مشايخنا (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول : القائل هو الكاكى .

لأنه التزم فعلا واجبا . قال (ومن استأجر دابة للحمل عليها ، فإن كانت بعينها لاتصح الكفالة بالحمل) لأنه عاجز عنه (وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة) لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا .

ولايضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ، ولو ضمن لصاحب الدين مانقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلاضمن الكفيل مائة لأنه التزم بالكفالة دينا مضمونا فى ذمة الأصيل ، ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على أن أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لأنه لاضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ، ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لأن الراهن ضامن مالية العين هنا ؛ ألا ترى أنه لو هلك فى يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ، ولفظ المستأجر فى كلام المصنف بالفتح فى الموضعين ، وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل ؛ فى المبيع والرهن تقدم مايفيد وجهه وفى المستأجر لأن الأجارة تنفسخ به وخرج الأصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين ، وإنما وجب رد الأجرة والكفيل ماكفل الأجر (قوله ومن استأجر دابة للحمل ، فإن كانت بعينها) أى آجره أن يحمله على هذه الدابة (لاتصح الكفالة لأنه عاجز عن الفعل) الواجب على الأصيل وهو حمله على هذه الدابة لأنه لاملك له فى هذه الدابة ليحمله عليها (وإن كانت بغير عينها جازت لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أوعلى دابة يستأجرها (والحمل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووازنه من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهوباطل لما بينا) من أنه عاجز عنه إذ لايملك العبد ، أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ماعرف ، ولو هلك لا شيء على الكفيل . وقال شارح فى الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بأن الدابة إذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل ، فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الأصيل فلا تصح ، بخلاف ما إذا كانت غير معينة لأن الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى. واعترض الأصحاب بأن الواجب إن كان

على رواية أقوى من ذلك فاختارها (قوله لأنه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره ، وفيه إشارة إلى التفرقة بين مايكون واجب التسليم وما لايكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للحمل) علم أن من استأجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا ، وإن استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لأن المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه ، وإن استأجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لم يصح . قال المصنف (لأنه) أى الكفيل (عاجز عنه) أى عن الحمل على الدابة المعينة لأن الدابة المعينة ليست فى ملكه ، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة ، وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالأعيان مطلقا كما ذهب إليه الشافعى رحمه الله ، واستدل به على عدم جوازها فى الأعيان مطلقا ، وما ذكر فى الإيضاح جوابا للشافعى رحمه الله، وهو قوله تسليم ما التزمه متصور فى الأعيان المضمونة فى الجملة فصح التزامه ، لأن ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع ، لأن تسليم ما التزمه متصور فى الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا) إذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا)

(قوله وما ذكر فى الإيضاح) أقول : قوله وما ذكر مبتدأ خبره يجيء بعد سطرين وهو قوله غير دافع الخ (قوله لأن تسليم ما التزمه متصور فى الجملة الخ) أقول: لعل المراد من قوله متصور فى الجملة أن التسليم متصور إما باعتبار عينه أوباعتبار قيمته ، ولا يستقيم ذلك فى الحمل على دابة معينة فليتأمل

قال (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فى المجلس) وهذ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا : يجوز إذا بلغه أجاز ، ولم يشترط فى بعض النسخ الإجازة ، والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا . له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ، وهذا وجه هذه الرواية عنه . ووجه التوقف ماذكرناه فى الفضولى

ليس إلا تسليم الدابة المعينة بسبب أن تحميله الذى هو فعله غير معقود عليه ، وإنما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك إجارة حمله على دابة إلى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أىّ دابة كانت إذ لا يجب تحميله الذى هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق ، فينبغى أن لاتجوز الكفالة فيه أيضا لأن الحمل أيضا غير واجب على الأصيل بعين ما فى التى قبلها . والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغى أن تصح الكفالة فيهما لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ، ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل ، وإن كان التحميل ينبغى أن لاتصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل . والحق أن الواجب فى الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن فى تحميلها وهو ما ذكر فى النهاية من التركيب ، وما ذكرنا من الحمل عليها ، ففى المعينة لايقدر على الإذن فى تحميلها إذ ليست له ولاية عليها ليصح إذنه الذى هو معنى الحمل ، وفى غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فى المجلس عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : يجوز إذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط فى بعض النسخ) أى نسخ كفالة الأصل عن أبى يوسف (الإجازة) بل إنه نافذ إن كان المكفول له غائبا وهو الأظهر عنه . والحاصل أن عنه روايتين (والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية النفاذ (أنه التزام فيستبد به الملتزم) ولا يتعدى له ضرر فى المكفول له لأن حكمه لايوجب عليه شيئا لأنه مختار فى المطالبة لاملزوم ، فإن رأى مطالبته طالبه وإلا لا . وأحال المصنف وجه التوقف على ماذكره فى الفضولى فى النكاح وهو أن شطر العقد يتوقف حتى إذا عقد فضولى لامرأة على آخر توقف على الإجازة كما إذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فضولى آخر وعندهما

أنه عاجز عما كفل به . قال (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فى المجلس الخ) لاتصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فى المجلس عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف أوّلا ، وقال آخرا : تجوز إذا أجاز حين بلغه ، ولم يشترط فى بعض النسخ الإجازة . قيل : أى نسخ كفالة المبسوط . وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وإنما هى نسخة واحدة ، فالموجود فى بعضها دون بعض يدل على تركه فى بعض أو زيادته فى آخر ، وذكر فى الإيضاح . وقال أبو يوسف : يجوز ، ثم قال : وذكر قوله فى الأصل فى موضعين ، فشرط الإجازة فى أحدهما دون الآخر ، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه فى بعض مواضع نسخ المبسوط ، وهذا الخلاف ثابت بينهم فى الكفالة بالنفس والمال جميعا . لأبى يوسف رحمه الله فى وجه الرواية التى لم تشترط الإجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر ، وكل ماهو كذلك يستبد به الملتزم كالإقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط ، وبأن الإقرار إخبار عن واجب سابق والإخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ، ومن له العبادات لايشترط قبوله لعدم العلم به. وله فى وجه رواية التوقف على الإجازة ما ذكرنا فى الفضولى فى النكاح وهو أن يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لأنه لاضرر فى هذا التوقف على أحد ، ومنع

(قوله لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد) أقول: أى من محمد فلا يرد شىء تأمل (قوله فالموجود فى بعضها الخ) أقول: فيه بحث (قوله فى بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول : فينبغى أن يطرح لفظ النسخ من البين والأمر هين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول : مستندا بأنه عقد التبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الإقرار الخ) أقول: فى العطف تأمل .

فى النكاح . ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس (إلا فى مسألة واحدة وهى أن يقول المريض لوارثه تكفل عنى بما علىّ من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية فى الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسمّ المكفول لهم، ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه ،

لا يتوقف إلا إن خاطبه فضولى آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام (ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس) وهذا يقتضى أنه لو تم عقدا بقبول فضولى آخر توقف ، وقد صرح بذلك عندهما . قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع ، وحينئذ قوله فى وضع المسئلة لا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس غير صحيح، بل الشرط أن يقبل فى المجلس إن كان حاضرا فتنفذ ، أو يقبل عنه فضولى آخر إن كان غائبا فتتوقف إلى إجازته أو ردّ ، وقوله (إلا فى مسئلة واحدة) استثناء من قوله لا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس، فإن هذه المسئلة صحت من غير قبول فى المجلس ولا قبول فضولى عنه (وهى أن يقول المريض) المديون (لوارثه تكفل عنى بما علىّ من الدين فكفل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحسانا فللغرماء مطالبته . وذكر للاستحسان وجهين : أحدهما أن قوله تكفل عنى وصية : أى فيه معنى الوصية ، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض فى ذلك ، وقد ذكر فى المبسوط أن ذلك لا يصح منه فى حال الصحة ، وإذا كان بمعنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديونى فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بها ، فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال ، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه ، ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا . ثانيهما ماذكر فى المبسوط والإيضاح أن حق الغرماء يتعلق بتركته فى مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه فى ماله كيف شاء واختار ، فنزل نائبا عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما فى ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته ، وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه . فإن قيل : غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حينئذ قوله تكفل ، ولو قال تكفل لى بما لى على فلان فقال كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه ، كالبيع إذا قال بعنى بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت . أجاب المصنف بقوله

عدم الضرر بجواز رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل عن حق الطالب، كما هو مذهب بعض العلماء فى أن الكفالة إذا صحت برئ الأصيل وفى ذلك ضرر على الطالب . ولهما أن فى عقد الكفالة معنى التمليك لأن فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول ، والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس ، وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولى توقف على إجازته لوجود شطريه . قال (إلا فى مسئلة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فكأنه قال: لا يصح ذلك عندهما إلا فى مسئلة واحدة استحسانا. والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ، ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبى لم يصح فكذا المريض . وللاستحسان وجهان : أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عنى بما علىّ من الدين فكأنه قال أوف عنى دينى وذلك وصية فى الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسمّ المكفول لهم ، وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ : إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية ، وإذا كان فى معناها لا يكون القبول فى المجلس شرطا . قيل فى كلام المصنف تسامح لأنه فى معنى

وإنما يصح بهذا اللفظ ، ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ، ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه .

(إنما لايشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أى لأن قوله تكفلت(لايراد به المساومة) وإنما احتيج فى البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لايراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة، فإن حالة الموت ظاهرة فى الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالأمر بالنكاح) فيما لو قال زوجنى بنتك فقال زوجتكها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لاتجرى فيه المساومة(ولو قال المريض ذلك لأجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لايجوز لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض فى حق الأجنبي والصحيح سواء ، ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لايصح إلا أن يقبل الطالب ، ومنهم من قال يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا فى الوارث وهو أوجه ، وما فى المبسوط من قوله وهذا من المريض صحيح وإن لم يبين الدين ولا صاحب الدين فإنه إنما يصح

الوصية لا أنه وصية من كل وجه ، لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض . وقد ذكر فى المبسوط أن هذا لايصح فى حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال : لأن ذلك وصية فى الحقيقة ، ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر فى معناه يئول إلى معنى آخر ، وحينئذ لافرق بين أن يقول فى معنى الوصية أو وصية فى الحقيقة . والثانى أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه : أى إلى قيامه مقامه لوجود مايقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ماينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لى . فإن قيل : قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط هاهنا . أجاب المصنف بقوله (وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أى المريض يريد بقوله تكفل عنى تحقق الكفالة لا المساومة نظرا إلى ظاهر حالته التى هو عليها فصار كالأمر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجينى نفسك فقالت زوجت فإن ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت ، وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه فى هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء ، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ، ويجوز أن يكونا مسلكين فى هذه المسئلة . قال (ولو قال المريض ذلك لأجنبيّ اختلف المشايخ الخ) إذا قال المريض لأجنبيّ تكفل عنى بما علىّ من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ ؛ فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا فى الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح فى حقه سواء ، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبيّ أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له ، فكذا المريض . ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه فى هذه الصورة) أقول : الظاهر أن مراده بذلك أنه لايشترط صريح القبول بعد ماكفل الوارث بل يكفيه أمره قبل ذلك بقوله تكفل عنى ، ولا أدرى كيف يذهب إلى ماذكره . وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته فى الكلام على مالا يخفى (قوله فنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لافى الحياة ولا بعد موته الخ) أقول : بخلاف الوارث إذا كان فإنه مطالب بعد موت المكفول عنه لانتقال ما يملكه إليه وتعلق حق الطالب بتركته . الحاصل أن الوارث إذا كان مطالبا بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس إليه حتى خلفه فى ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به، وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة ، بخلاف الأجنبى لأنه لايطالب بدينه بدون الالتزام أصلا ، فلم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترقا . ولقائل أن يقول : إذا كان الوارث مطالبا بدينه فى الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغى أن لاتجوز كفالته ، فإذا جاز كفالة الوجهين المذكورين فى الكتاب فكفالة الأجنبى وهى سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل .

قال (وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا تصح) لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ، ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى فى حق أحكام الآخرة ، ولو تبرع به إنسان يصح ، وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال . وله أنه كفل بدين ساقط

بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه ، والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الأرجح وهو أنها كفالة ، ولا حاجة إلى ذلك بل هى كفالة ، وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضر فى الكفالة ، وقد فرض أن المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما لهذا الاعتبار (قوله وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا (فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد) والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم (تصح لأنه كفل بدين ثابت) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » ولما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة أنصارى فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم درهمان أو ديناران ، فقال : صلوا على صاحبكم ، فقام أبو قتادة وقال : هما علىّ فصلى صلى الله عليه وسلم عليه » فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ، ولأنه كفل بدين ثابت (لأنه) أى الدين (وجب) فى حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شىء من ذلك ، ويدل على بقائه كونه يطالب به فى الآخرة (و) أنه (لو تبرع به إنسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه ، وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل (ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) فى حكم الدنيا لا مطلقا ، والكفالة من أحكام الدنيا لأنها توثق ليأخذه فيها لا فى الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين

والأجنبى إذا قضى دينه بأمره يرجع فى تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له ، وجواز ذلك فى المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها . قال (وإذا مات الرجل وعليه ديون الخ) إذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه إنسان وارثا كان أو أجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : هى صحيحة وهو قول الأئمة الثلاثة . ولهما أن الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت فى ذمة الأصيل ، وكل كفالة هذا شأنها فهى صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة . وإنما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه دينا صحيحا هو المفروض ، وثبوته إما أن يكون بالنسبة إلى الدنيا أو الآخرة . لا كلام فى ثبوته وبقائه فى حق أحكام الآخرة ، وأما فى حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لأنه وجب لحق الطالب بلا خلاف ، وما وجب لا ينتفى إلا بإبراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله ، فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ، ومما يدل على ثبوته فى حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به إنسان صح ، ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع ، وإذا كان به كفيل أو له مال فإن الدين باق بالاتفاق ، فدل على أن الموت لا يغير وصف الثبوت ، ومما يدل على ذلك أن المشترى لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ؛ ولو هلك الثمن الذى هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ، ولما لم يبطل هاهنا علم أن الدين باق عليه فى أحكام الدنيا . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة وكل

لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب . لكنه فى الحكم مال لأنه يئول إليه فى المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة ، والتبرع لايعتمد قيام الدين ،

كذلك ، ولأن الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب) والموصوف بالأحكام الأفعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) هو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط فى أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لايعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الإضافة : أى التبرع بالدين وهو الحق فإنما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له ، والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لأنه التزام ما على الأصيل للمكفول له ، ولوكان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط

فعل يقتضى القادرة ، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ، ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة أن المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء و الدليل على ذلك وصفه بالوجوب ، يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة ، والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو فى الأفعال فإن قلت : لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمى أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب فى التقرير فى باب صفة الحسن للمأمور به ، وإن قلت فقد يقال المال واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أى الدين (فى الحكم مال) لأن تحقق ذلك الفعل فى الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال ، فوصف المال بالوجوب لأن الأداء الموصوف به يئول إليه فى المآل فكان وصفا مجازيا . فإن قلت : العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لايستلزم بطلان الدين فى نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقرّ بدين فإنها تصح ، وإن تعذر المطالبة فى حالة الرق . قلنا : غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليها ، وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبى حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لانسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط ، وسيذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحذق فى وجوه النظر على مالا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن إعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتى (قوله والتبرع لايعتمد قيام الدين) جواب عما قالا ولو تبرع به إنسان صح يعنى أن التبرع لايعتمد قيام الدين ، فإن من قال لفلان علىّ ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلا ، ولأن بطلان الدين إنما هو فى حق الميت لا المستحق لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية ، وإذا كان باقيا فى حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير ، وعلى هذا لايبطل البيع بموت المشترى مفلسا لبقائه فى حق البائع ، فإن السقوط فى حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى إلى غيره ، بخلاف الفلوس إذا كسدت فإن الملك قد

(قوله والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول : فيه شىء (قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب فى التقرير الخ) أقول : من أنه صفة إضافية اعتبارية لامعنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ماذكرتم ، هذا ماذكره فى التقرير قبيل باب صفة الحسن للمأمور به فى كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة الخ) أقول : أنت خبير بأن منع المقدمة التى أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك ، فإن قوله وجب لحق الطالب الخ إشارة إلى دليل الثبوت فليتأمل (قوله وسيذكر السند بقوله الخ) أقول : ذلك القول دليل السند كما لا يخفى .

وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق .

الدين بموته ، بخلاف الكفالة بعد موته فإنها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالإفضاء إلى الأداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملىء . وأما حديث أبى قتادة فليس فيه صريح إنشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلا من إنشائها والإخبار بها على حد سواء ، ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به فى خصوص محل النزاع ، ويحتمل الوعد بها وإن كان مرجوحا ، وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق إيفائهما لايقيد طريق الكفالة ، فلما ظهر بوعدها أو بالإقرار بالكفالة بهما حصل المقصود فصلى عليه . ونوقض إثبات سقوط الدين بمسائل : أحدها لو مات المشترى مفلسا قبل أدائه الثمن لايبطل البيع ، ولو سقط الثمن بطل ، ولو اشترى بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن فى نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لايبطل الدين . ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله إذا مات مفلسا ولو سقط فى أحكام الدنيا لم تبق الكفالة . ثالثها لو كان بالدين رهن بقى الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن إنما يكون ببقاء الدين ، ولأن تعذر المطالبة لمعنى لايوجب بطلان الدين فى حال الحياة ، كالعبد المحجور إذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وإن كان لايطالب به فى حال رقه فكذا فى حال الموت . أجيب عن الأول بأن الدين لايبطل بموته فى حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين فى حق الأصيل كما ذكرنا ، وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة . وعن الثانى بأن كساد الفلوس يبطل الملك فى حق المشترى فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق فى حق صاحب الدين فلا يبطل العقد . وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن . وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتأخر المطالبة لحق

يطل فى حق المشترى فلذلك انتقض العقد (قوله وإذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو له مال . وبيانه أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه ، وإذا كان به كفيل أو له مال ، فإن انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال فى حق بقاء الدين باق (قوله أو الإفضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل ، وكأنه قال الكفيل والمال إنما يكونا خلفين فالإفضاء (إلى الأداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما إذا علما ، ويجوز أن يكون فى الكلام لف ونشر ، وتقديره فخلفه وهو الوكيل أو الإفضاء إلى مايفضى إلى الأداء وهو المال باق ، وعلى هذا يشترط فى القدرة ، إما نفس القادر أو خلفه أو مايفضى إلى الأداء ، وقد وقع فى بعض النسخ إذ الإفضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه ، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما فى قوله :

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأى مختلف

ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لأن رجاء الأداء منهما باق ، فإن الخلف مابه يحصل كفاية أمر الأصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين ، وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالأولى . فإن قيل : إن استدل الخصم بإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » فإنه لايفصل بين الحى والميت ، وبما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصارى ليصلى عليه فقال عليه الصلاة والسلام : فهل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم درهمان أو ديناران ، فامتنع من الصلاة عليه وقال : صلوا على صاحبكم ، فقام على أو أبو قتادة رضى الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله ، فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه » ولو لم

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة مابقى هذا الاحتمال ، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعى ،

المولى كما أن الدين ثابت فى ذمة المفلس الحىّ وإن كان لايطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه) أى قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الألف) التى كفل بها (قبل أن يعطيه) أى قبل أن يعطى الكفيل الألف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به لازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطى والمفعول الثانى هو ضمير المال المقدم فى يعطيه (فليس له) أى ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعى . وفى وجه آخر له أن يرجع وهو قول . مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده مالم يقض الأصيل ، ونحن نبين أنه يملكه وأن الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل على وجه الرسالة إلى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه ، وهذا الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف (لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة مابقى هذا الاحتمال) إلحاقا بالزكاة المعجلة للساعى تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا مابقى هذا الاحتمال (و) الوجه الثانى

تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب أبى حنيفة عن ذلك ؟ فالجواب أن قوله « الزعيم غارم » يدل على أن الكفيل يغرم ما كفل به ، والكلام فى كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أولا ، وأما حديث الأنصارى فإنه يحتمل أن يكون ذلك من علىّ أو أبى قتادة إقرارا بكفالة سابقة ، فإن لفظ الإقرار والإنشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال . ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام » كان يقول لعلىّ مافعل الديناران ؟ حتى قال يوما قضيتهما فقال : الآن بردت عليه جلدته » ولم يجبره على الأداء ، ولو كان كفالة لأجبره على ذلك . والحق أن من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم مايضم إليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم . قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) رجل كفل عن رجل بأمره بألف عليه فقضى الأصيل الكفيل الألف قبل أن يعطى الكفيل الألف صاحب المال ، فلا يخلو إما أن يكون قضاه على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه وقال إنى لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب ، فإن كان الأول فليس للأصيل أن يرجع فيها : أى فى الألف المدفوع ، وأنثه باعتبار الدراهم لأنه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لأن الدفع إذا كان لغرض لايجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لئلا يكون سعيا فى نقض ما أوجبه ، وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها إلى

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » الخ) أقول : لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفالة لأجبره على ذلك) أقول : فى الملازمة كلام ، فإن الإجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق ، إلى قوله : لعدم مايضم إليه) أقول : لعلهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر فى كتب الأصول لا أنها تخرب (قال المصنف فليس له أن يرجع فيها) أقول : الضمير المؤنث فى فيها راجع إلى الألف على تأويل الدراهم (قوله لأن الدفع إذا كان لغرض لايجوز) أقول : قال الإتقانى : وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء .

ولأنه ملكه بالقبض على مانذكر ، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده (وإن ربح الكفيل فيه فهو لا يتصدق به) لأنه ملكه حين قبضه، أما إذا قضى الدين فظاهر ،وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ، إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح ،

(أنه) أى القابض (ملكه بالقبض على ما نذكر) يريد ما ذكره بعد سطر فى تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله(لأنه ملكه حين قبضه . أما إذا قضى الدين فظاهر ، وكذا لو قضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطلوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل ، وإنما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضى الأصيل بنفسه (لأنه) أى الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الأصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (إلا) أى لكن (أخرت مطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل) ما للكفيل على الأصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أى والدليل أن الكفيل حق المطالبة متأخرا أنه (لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل أدائه) أى قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الأصيل بعد ذلك إذا أدى

الساعى لأنه ليس له أن يستردها لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول ، فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ، ولأن الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره ، وإن كان الثانى فليس له أن يسترده أيضا لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لأنه تمحض فى يده أمانة ،فإن تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لأنه ملكه حين قبضه ، والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة . وإنما قلنا إنه ملكه حين قبضه لأن قضاء الدين إما أن يحصل من الكفيل أو من الأصيل ، فإن كان الأول فظاهر لأنه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلا ، وإن كان الثانى فلأنه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل . قال فى النهاية : وذلك لأن الكفالة توجب دينين : دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه ، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء ، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهنا بدين مؤجل ، ولو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز ، حتى لو أداه الكفيل إلى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصيل . وقال : كذا ذكره الإمام قاضيخان والإمام المحبوبى ، وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا ، والمسائل المستشهد بها ، ولكن لا يوافق ماتقدم من أن الصحيح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة ، فإنه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ماوجب للطالب على الأصيل من المطالبة ، إلا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت إلى وقت الأداء ، فنزل ماوجب للكفيل على الأصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ، ولهذا : أى لكونه نازلا منزلته لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه صح ، وكذا إذا أخذ رهنا أو وهبه منه ، وإلى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ، ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله : أى الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة ،

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول : إذا لم يكن مانع كما فى مسئلة الكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول : كما فى شرح الإتقانى .

فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه فى البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له فى الحكم) لما بينا أنه ملكه (قال: وأحب إلى أن يرده على الذى قضاه الكر ولا يجب عليه فى الحكم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هو له ولا يرده على الذى قضاه وهو رواية عنه، وعنه أنه يتصدق به.

وجاز أخذ الكفيل من الأصيل رهنا به قبل أدائه (فكذا إذا قبضه يملكه) يعنى إذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه إذا قبضه، وإذا ملكه كان الربح له (إلا) أى لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبى حنيفة (نبينه) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيمن لا يتعين) وهو الألف التى قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين (وقد قررناه فى البيوع) فى آخر فصل فى أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة) فدفعه الأصيل إلى الكفيل والباقى بحاله (فالربح له) أى الكفيل (لما بينا أنه ملكه) أى ملك الكر، وإنما بينه فى ضمن بيان أنه ملك المقبوض (قال: وأحب إلى أن يرده على الذى قضاه الكر ولا يجب عليه، وهذا عند أبى حنيفة فى لفظ الجامع الصغير) ولا شك أن ضمير قال لأبى حنيفة، فقوله وهذا عند أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقالا: هو له لا يرده عليه وهو رواية) أخرى (عن أبى حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الأصل (وعنه) أى عن أبى حنيفة (رواية) ثالثة (أنه يتصدق به)

وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من أن المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فإن له المطالبة ولا يملك ما قبض. ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لأنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافى ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات: دين ومطالبة حالين للطالب على الأصيل، ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة، ودين ومطالبة للكفيل على الأصيل، إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء فيكون دين الكفيل مؤجلا، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء كما تقدم. فإن قيل: فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل؟ قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفى ذلك إذا قبضه معجلا ملكه، فكذا هنا: هذا ما سنح لى، والله أعلم بالصواب إلا أن فيه: أى فى الربح الحاصل للكفيل بتصرفه فى المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث على مذهب أبى حنيفة بينه فى مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين؛ وقد قررناه فى البيوع فى آخر فصل أحكام البيع الفاسد. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا فى قولهم جميعا. وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه ربح من أصل خبيث، وفى قول أبى يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف فى الوديعة وربح فإنه على الاختلاف. قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان فى حكم الربح فيما لا يتعين، أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قبضها الكفيل من الأصيل قبل أن يؤدى إلى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له فى القضاء لما بينا أنه ملكه. قال أبو حنيفة: وأحب إلى أن يرده على الذى قضاه: يعنى المكفول عنه ولا يجب ذلك فى الحكم، وهذا رواية الجامع الصغير عن أبى حنيفة رحمه الله. وفى رواية كتاب البيوع عنه: الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الأصيل، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما

لهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه فيسلم له. وله أنه تمكن الخبث مع الملك ، إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه، أو لأنه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل ، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق فى رواية ، ويرده عليه فى رواية لأن الخبث لحقه ، وهذا أصح لكنه استحباب لاجبر لأن الحق له .

وهى رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه) فى ثبوت ملكه من أنه وجب له على الأصيل الخ (فيسلم له . ولأبى حنيفة أنه تمكن الخبث مع الملك ، إما) لقصور ملكه بسبب أن الأصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لأنه) إنما (رضى به) أى بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل ، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فإنهما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت ، وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخبثية وعدم رضا الأصيل بملك الكفيل بما دفعه إليه إلا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكر لا فيما لا يتعين كالألف مثلا (فيكون سبيله التصدق فى رواية ، ويرده عليه فى رواية) أخرى (وهى الأصح لأن الخبث لحق الأصيل) لا لحق الشرع فيرده إليه ليصل إلى حقه (لأن الحق له) وهذا يفيد أنه يطيب له فقيرا كان أو غنيا ، وفيه روايتان ، والأوجه طيبه له وإن كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (إلا أنه استحباب لاجبر) لأن الملك للكفيل . واعلم أنه تكرر فى هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أولا أحب إلى أن يرده ولا يجب فى الحكم : أى فى القضاء . وثانيا لكنه استحباب لاجبر : يعنى لايجبره الحاكم على ذلك ، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لايجبره القاضى ولكن يفعله هو ، ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى ، إذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى ، وهو مستحب فى القضاء غير مجبور عليه ، والعبارة المنقولة عن فخر الإسلام فى وجه قول أبى حنيفة وهو

الله • وفى رواية كتاب الكفالة عنه أنه لايطيب له ويتصدق به: وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه ، ومن ربح فى ملكه يسلم له الربح . ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لأحد الوجهين : إما لأن الأصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكر بنفسه ، وإن كان كذلك كان الربح حاصلا فى ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر ، ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خبيثا ، فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث . وإما لأنه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فإذا قضاه الأصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث ، وهذا الخبث : أى الذى يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام ، وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم فى البيوع ، فهذا الخبث يعمل فى الكر لأنه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به . ووجه رواية الجامع الصغير أن الخبث لحقه : أى لحق الذى قضاه ، فإذا رد إليه وصل الحق إلى مستحقه ، وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لاجبر ؛ فإذا رد عليه فإن كان فقيرا طاب له ، وإن كان غنيا ففيه روايتان . قال الإمام فخر الإسلام : والأشبه أن يطيب له لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه ، هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبى حنيفه ومحمد لايطيب الربح للكفيل ،

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ماتقدم من الاختلاف الخ) أقول : يعنى ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لايطيب له .

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذى ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة ؛ سمى به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين ، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل . ثم قيل :

الاستحسان . قال : ووجه الاستحسان أن ماقبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه ، فإن للأصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه ، واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما فى البيع الفاسد ، وإنما قلنا حال قيام الكفالة لأن الكفالة لاتبطل بأداء الأصيل ولكن تنتهى كما لو أدى الكفيل بنفسه ، فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ، ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكيلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح فيه يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك ، لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه ، كالغاصب إذا أجر المغصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه ، فكذا فى الملك الفاسد من كل وجه ، ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لايجب التصدق بالربح ولا رده ، فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأصيل عملا بالشبهين بقدر الإمكان ظاهرة فى وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به ، غير أنه ترجح الرد ، هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء ، فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبى حنيفة فى أنه لايطيب له الربح وطاب له عند أبى يوسف لما عرف فيمن غصب من إنسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل فى قولهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له فى قول أبى يوسف مستدلا بحديث «الخراج بالضمان» (قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره) أى فأمر الكفيل (الأصيل أن يتعين عليه حريرا) أى أن يشترى له حريرا بطريق العينة وهو أن يشترى له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشترى المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل ، وإنما وسطا الثانى تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عينا تساوى عشرة مثلا فى السوق باثنى عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى البخل وتحصيل غرضه من

وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب . قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) إذا أمر الأصيل الكفيل أن يعامل إنسانا بطريق العينة ، وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة ليبيعه المشترى المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذى ربحه البائع عليه لا على الأصيل ، وسمى هذا البيع عينة لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين ، وهو مكروه لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذى هو مذموم ، وكأن الكره حصل من المجموع ، فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه ، والبخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك ، وإلا لكانت المرابحة مكروهة ، وإلا لزم الربح للكفيل دون الأصيل لأنه إما كفالة فاسدة على ماقيل نظرا إلى قوله على فإنه كلمة ضمان لكنه فاسد لأن الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه ، كرجل قال لآخر بع متاعك فى هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن

(قوله وعند أبى يوسف يطيب) أقول : مخالف لما فى شرح الكنز للزيلعى من أنه إذا دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثمة إلا أن يكون عن أبى يوسف فيه روايتان .

هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا إلى قوله علىّ وهو فاسد وليس بتوكيل. وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين، وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين، وكيفما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح : أى الزيادة عليه لأنه العاقد .

الربا بطريق المواضعة فى البيع فلا يصح هنا ، إذ ليس المراد من قوله تعين علىّ حرير اذهب فاستقرض فإن لم يرض المسئول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته ، بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه ، فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له فى الحرير والزيادة التى يخسرها عليه لأن هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشترى نظرا إلى قوله علىّ) كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلىّ ، وضمان الخسران باطل لأن الضمان لايكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد ، حتى لو قال بايع فى السوق على أن كل خسران يلحقك فعلىّ أو قال لمشترى العبد إن أبق عبدك هذا فعلىّ لا يصح (وقيل هو توكيل فاسد)ومعنى علىّ منصرف إلى الثمن ، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لى فهو توكيل لكنه فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة ، كما لو قال اشتر لى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ، ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو قدر مايقع به الإيفاء كان الحاصل اشتر لى حريرا يكون ثمنه الذى تبيعه به فى السوق قدر الدين الذى علينا وهو لايعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل مايباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذى يقع به الإيفاء غير معلوم (وكيفما كان) توكيلا فاسدا أوضمانا باطلا (يكون الشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة) التى يخسرها (عليه لأنه العاقد) ومن صور العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه إلا عشرة وثبت له خمسة عشر . ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطا يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذى عليه وهو ألف حالة فيدفعها إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول . قالوا : وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم « إذ تبايعتم بالعين وتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم » والمراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لأنهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن . وقال أبو يوسف : لايكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا ، حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره .

به لك فإنه غير صحيح، وأما وكالة فاسدة نظرا إلى قوله تعين : يعنى اشتر لى حريرا بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض دينى ، وفسادها باعتبار أن الحرير غير متعين : أى غير معلوم المقدار والثمن كذلك . فإن قيل: الدين معلوم والمأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا ؟ أجاب بقوله الجهالة مازاد على الدين فإنه داخل فى الثمن ، وإذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشترى للمشترى وهو الكفيل والربح: أى الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد . ومن الناس من صوّر للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها فى الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم إن المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب إليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه إلى المستقرض فتندفع حاجته ، وإنما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن . ومنهم من صوّر بغير ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال « إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب

(قوله وهو مذموم الخ) أقول : لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضا .

قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته) لأن المكفول به مال مقضى به وهذا فى لفظة القضاء ظاهر .وكذا فى الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله : أطال الله بقاءك، فالدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح .

وقال محمد رحمه الله : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا ، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم » أى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية « سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم » وقيل : إياك والعينة فإنها لعينة . ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة ، حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة ببلخ للتجار : إن العينة التى جاءت فى الحديث خير من بياعاتكم ، وهو صحيح . فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقرّ الحال فيها على وزنها مظروفة ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ، ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ، ثم الذى يقع فى قلبى أن ما يخرجه الدافع إن فعلت صورة يعود فيها إليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير فى الصورة الأولى ، وكعود العشرة فى صورة إقراض الخمسة عشر فمكروه ، وإلا فلا كراهة إلا خلاف الأولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسئول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر إلى أجل فيشتريه المديون ويبيعه فى السوق بعشرة حالة ، ولا بأس فى هذا فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب ، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه أو لعارض يعذر به فلا ، وإنما يعرف ذلك فى خصوصيات الموادّ وما لم ترجع إليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقا وإلا فكل بيع بيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضى هذه البينة ولا يقضى بها لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم ، إذ الكفيل فى هذه الصورة لا يكون خصما عنه لأنه إنما كفل عنه بمال مقضىّ بعد الكفالة ، لأنه وإن كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك ، وهذا لأنه جعل الذوب شرطا والشرط لابد من كونه مستقبلا على خطر الوجود ، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبى إذ لا ينتصب خصما (وهذا فى لفظة القضاء ظاهر ، وكذا فى الأخرى) وهى لفظة ذاب (لأن معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة ، حتى لو ادعى أنى قدمت الغائب إلى قاضى كذا وأقمت عليه بينة بكذا

البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم » وقيل : إياك والعينة فإنها لعينة. قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ) رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لأن قبولها يعتمد صحة الدعوى ، ودعواه هذه غيرُ صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لأن المال المكفول به إما مال مقضىّ به على الأصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ماذاب باستلزامه على ذلك فإن معنى ذاب تقرر والتقرر إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق

(قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول : فيه شىء .

(ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

بعد الكفالة وقضى لى عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا ، وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره ، إلا أنه إذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة . وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ، ولو ضمن ثمن ماباعه أو داينه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل أنه كفل به وقد داينه أو أقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف ، لأن الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به إلا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورتها فى الجامع . وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله : إذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفل له بأمر فلان عن فلان فإنى أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب، فإن كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم

عن ذلك فلا مطابقة بينهما ، وإما مال يقضى به يجعل لفظ الماضى بمعنى المستقبل كقوله : أطال الله بقاءك فهو وإن كان ضعيفا لأن إرادة معنى المستقبل من لفظ الماضى خلاف الظاهر لايصار إليه إلا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لإطلاقها وتقييد المكفول به ، حتى قيل إن ادعى على الكفيل أن قاضى بلد كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ ، والشارحون ذهبوا فى تعليل هذه المسئلة إلى أن المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك، وليس فى لفظ المصنف مايدل على ذلك أصلا كما ترى، والتعليل بدون ذلك صحيح لأن المكفول به إما مال مقضى ولم يدعه ، أو مال يقضى به ومع غيبة الأصيل لايصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ، ومن أقام البينة أن له على فلان ألف درهم وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به على الحاضر والغائب جميعا . وإن ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وهاهنا يحتاج إلى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين : أحدهما أن البينة قبلت هاهنا دون ماتقدم ، لأن

(قوله فهو وإن كان ضعيفا الخ) أقول : لايخفى عليك أن حكمه بالضعف لايوافق المسئلة الآتية بعد سطرين، ولعل تصديرها بصيغة التمريض إشارة إلى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول : لو صح هذا لم يتم الجواب فى المسئلة التى مرت آنفا لمكان الشك (قوله وليس فى لفظ المصنف مايدل على ذلك) أقول : وليس فيه ما يأبى عنه (قوله أو مال يقضى به) أقول : ولم يدعه أيضا كما لايخفى (قوله ومع غيبة الأصيل لايصح) أقول : وليس فى كلام المصنف مايدل على ذلك أيضا كما لايخفى (قوله لكونه قضاء على الغائب الخ) أقول : قال المحشى الشهير بيعقوب باشا فيه : إن القضاء على الغائب صحيح فى مثل هذه المسئلة . قال فى الفصول العمادية : إذا ادعى رجل أنه كفل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضى به فى حق الكفيل الحاضر وفى حق الغائب جميعا ، حتى لو حضر الغائب وأنكر لايلتفت إلى إنكاره انتهى . ونحن نقول : يمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إن الكفيل يكون هناك خصما ، بخلاف مانحن فيه . ويؤيد هذا الجواب ماذكره العلامة الكاكى فى شرحه حيث قال : لأنه كفل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة فما لم يصر المال مقضيا به على المكفول عنه لايكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ، ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته لأنه يكون قضاء على الغائب ، وهو لايصح عندنا وأحمد ، ويصح عند الشافعى ومالك ، ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الأصيل كما شرط فى عقد الكفالة؛ ألا يرى أنه لو أقر الكفيل على الأصيل بمال الطالب لايلزمه إذا حضر الأصيل ، وإذا حضر الأصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ .

وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق ، بخلاف ما تقدم . وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران . لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء : وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء ، فبدعواه أحدهما لايقضى له بالآخر ، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره : وهو يتضمن

عن الغائب انتهى . يعني فلا يقع القضاء على الأصيل ، وإنما خص قولهما بالذكر لأنه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لا أن في المسئلة اختلافا (وإنما قبلت) هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها (لأن المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعي مطلقة أيضا فصحت فقبلت البينة لأنها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لأن المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وإن كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة (وإنما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل ، ولو حضر الغائب لايحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال لأنه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر فلا يرجع (لأنهما) أي الكفالة بالأمر وبغير الأمر (يتغايران لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لايقضى له بالاخر) وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (وإذا قضى بها) أي بالبينة (بالأمر ثبت أمره) أي أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن

المكفول به هاهنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة ، بخلاف ماتقدم كما مر . ومن الفرق بينهما أن هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه : أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال ، وهاهنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت إليه . والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع أن القضاء على الغائب لايجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لايكون الكفيل خصما عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره . ووجه ذلك ماذكره بقوله لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء ، وكل ما كانا كذلك فهما غيران لامحالة ، وإذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لايقضى له بالآخر لأن الحاكم إنما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعي ؛ ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لايجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحدا وهو الملك ، فإذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر وقضى بالكفالة بالأمر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة ، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه ، فلو حضر الغائب بعد ذلك لايحتاج إلى إقامة البينة عليه ، وإذا ادعاها بغير أمره فإنها لاتمس جانب الغائب ، إذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل لأنه : أي الشأن أن همة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل ، حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه ، وإن لم يجب على الأصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل إلى الأصيل . والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما إذا أبهم فادعى على رجل أنه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر ، وأقام على ذلك بينة أن له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فإنه يقضى بها على الكفيل والأصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره . ووجهه أن الحاضر إنما ينتصب خصما عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعى على الحاضر إلا بإثبات ما يدعى على الغائب ، والكفالة إذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الأصيل لأنه معلوم ومعروف بذاته ، وإذا كانت بمجهول لاتصح ما لم يكن على الأصيل لأن المجهول يحتاج إلى التعريف ، والتعريف إنما يحصل بما كان على

الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه ، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفى الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر . وقال زفر رحمه الله : لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فيبطل ما زعمه .

إقرار الأصيل بالمال) إذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف بأن عليه للمقضى له دينا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فإنها (لا تمس جانبه) أى جانب الأصيل (لأن صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (إنما تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل) إذ زعمه لا يلزم غيره (ثم فى الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله: لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره) وهو الأصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل فى إنكاره الدين على الأصيل (مكذبا شرعا) بقيام البينة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالأمر ، وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بأنه ملك البائع ثم استحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بثمنه وإن كان معترفا بأن البائع ظلم. واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد إنكاره العيب ؛ فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لأبى يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة . أجيب بأنه إنما لا يرد لأن قوله لا عيب فيه نفى للعيب فى الحال والماضى ، والقاضى إنما كذبه فى قيام العيب عند البيع الثانى دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس شرطا للرد على الثانى . وفى الجامع الكبير جعل المسألة على أربعة أوجه فقال : إما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان ، أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم ، وكل وجه على وجهين : إما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فإن كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الأصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حق الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الأصيل شىء ، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وإن كان غائبا . والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب . قال مشايخنا : وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال . وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرأ الكفيل ، وكذا الحوالة على هذه الوجوه ، وكذا كل من ادعى حقا

الأصيل فيصير كأنه قال إن كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبته المدعى ، وسيأتى تمام ذلك (قوله وفى الكفالة بأمر) يجوز أن يكون فرقا آخر بين ما إذا أقام البينة على الكفالة بأمر وبين ما إذا أقام عليها بغيره ، فإن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو ثبتت الكفالة بالأمر عيانا رجع الكفيل بما أدى على الأصيل فكذا إذا ثبتت بالبينة . وقال زفر : لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره . وقلنا : لما قضى القاضى عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ؛ كمن اشترى شيئا وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه فى الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لأن الشرع كذبه فى زعمه . ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب به ثم أراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لأبى يوسف حيث لم يبطل زعمه مع أن القاضى لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه فى زعمه. وأجيب بأنه إنما لم يكن له أن يرده على بائعه لأن قوله لا عيب فيه نفى للعيب فى الحال والماضى والقاضى إنما كذبه فى قيام العيب عند

قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لأن الكفالة لو كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبوله ، ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم من جهته ، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشترى فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع .

لا يثبت على المدعى عليه إلا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب ؛ كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقذوف عليه بينة أنه كان عبدا لفلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لأنه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه ، وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك إن أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وإن كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب ، وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق (قوله ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا أن ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع ، وقوله تسليم : أى تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع ، فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه ، إذ لو صحت رجع المشترى بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد . وأيضا (فالكفالة إن كانت مشروطة فى البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أى بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم به) ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا (وإن لم يكن) أى عقد الكفالة (مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع وترغيب المشترى فيه إذ لا يرغب فيه إلا بالكفالة) تسكينا لقلبه (فينزل) عقد الكفالة (منزلة الإقرار بملك البائع) وإلا كان تغريرا فلا يصح دعواه إياه أصلا بعد ذلك هذا إذا كفل ، فأما إذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته إن كان رسم مكتوبا على الصك وفى الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية فى ملكه بيعا باتا نافذا ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها ، وإن لم يفد ذلك مثل أن يكتب فى الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقر بالبيع بحضرتى والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها ، فلعله كتب الشهادة ليحفظ

البيع الثانى دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثانى فافترقا . قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر ، والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم : أى تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع ، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشترى لا تسمع دعواه لأن الكفالة إما أن تكون مشروطة فى البيع أو لا ، فإن كان الأول وهو شرط ملائم للعقد إذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع إنما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد ، فالدعوى بعد ذلك منه سعى فى نقض ما تم من جهته وهو باطل ، ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعى فى نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالإقالة ونحوها فإنها صحيحة وإن كان طلبها سعيا فى نقض ما تم من جهة الطالب على أن المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والإقالة ليست كذلك فهى فسخ لا نقض ، وإن كان الثانى فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشترى لاحتمال أن لا يرغب المشترى فى شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه فصار كأنه قال اشتر هذا الدار ولا تبال فإنها ملك البائع ، فإن أدركك درك فأنا ضامن ، وذلك إقرار بملك البائع ، ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد

(قوله وبطلان السعى فى نقض ما تم الخ) أقول : فيه تأمل .

قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لأن الشهادة لاتكون مشروطة فى البيع ولا هى بإقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم، قالوا : إذا كتب فى الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم ، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين .

(فصل فى الضمان)

قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لأن الكفالة التزام المطالبة وهى إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه،

الحادثة ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة ، وقوله (وختم) هو أمر كان فى زمانهم إذا كتب اسمه فى الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوب ووضع نقش خاتمه كى لايطرقه التبديل ، وليس هذا فى زماننا .

(فصل فى الضمان)

الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام فى لرجل لام الملك : أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه (وضمن) الوكيل (له) أى للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لأن الكفالة) وهى الضمان (التزام المطالبة والمطالبة إليهما) أى إلى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالبا مطالبا ، وهذا لأن حقوق العقد ترجع إليهما ، حتى لو حلف المشترى ما للموكل عليه دين

ذلك ، وإنما قال فنزل منزلة الإقرار لأنه يئول إليه فى المعنى . قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه فى الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لايجرى عليه التزوير والتبديل ، كذا ذكره شمس الأئمة الحلوانى ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان فى زمانهم ولم يبق فى زماننا ، فإن الحكم لايتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا ، فإن ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضا لأن الشهادة لاتكون مشروطة فى البيع لعدم الملاءمة ولا هى بإقرار بالملك لأن البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره ، فالشهادة على أنه باع لاتكون إقرارا بأنه باع ملكه ، ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ، بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك لما تقدم . قال مشايخنا : ماذكر أن الشهادة على البيع لاتكون تسليما محمول على ما إذا لم يكتب فى الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه ، مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أوجرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك ، وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهدى ، وأما إذا كتب فيه مايوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه ، وكتب الشاهد شهد بذلك فإنه تسليم فلا تصح دعواه إلا أن يشهد على إقرار المتعاقدين فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب فى الصك مايدل على الصحة والنفاذ .

(فصل فى الضمان)

(ومن باع لرجل ثوبا الخ) الضمان والكفالة فى هذا الباب بمعنى واحد ، ولما كان مسائل الجامع الصغير

(فصل فى الضمان)

ولأن المـال أمانة فى أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ، ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك ،

برّ ، ولو حلف ما للوكيل عليه شىء حنث ، بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لأنه سفير لاترجع إليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه (ولأن المـال فى يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أى لايصح الضمان أيضا فيما (إذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن ، لأنه لو صح الضمان مع الشركة) بأن ضمن نصف الثمن مطلقا (يصير ضامنا لنفسه) لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه ، فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له ، فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء فى مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى إلا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم إلى أن لايبقى شىء أو يبقى الجزء الذى لايتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدى إلى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لأنه فى الذمة لايقبل القسمة لأنها إفراز ، ولا يمكن إلا فى عين خارجية ، والدين وصف اعتبارى . ويرد عليه اختيار الثانى

وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير فى اللفظ . واعلم أن كل من رجع إليه حقوق العقد لايصح منه التزام مطالبة مايجب به ؛ فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل ، وكذا المضارب إذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المـال لأن الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة إليهما : أى إلى الوكيل والمضارب ، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة فى البيع بناء على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل ، حتى لو حلف المشترى ما للموكل عليه شىء كان بارا فى يمينه ؛ ولو حلف ما للوكيل عليه شىء كان حانثا ، وكذا المضارب ، وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لايخفى ، ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه أمر اعتبارى لايظهر عند الخصومة ، ولأن المـال أمانة فى أيدى الوكيل والمضارب وهو ظاهر ، فلوصح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه أمينا لم يكن أمينا ، وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة فى الربوبية ، وقد قررنا بطلان ذلك فى التقرير تقريرا تاما . فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير ، فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك . ولقائل أن يقول : الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لايجوز أن يكون المـال أمانة بأيديهما إذا لم يضمنا ، فأما إذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للأمانة إلى الضمان وتحولا من حكم شرعى إلى حكم شرعى فصار كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة . والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته ، وبطلانها حينئذ إنما يكون ضرورة صحة الكفالة ، والكفالة هاهنا بمنزلة الفرع للوكالة لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها ، بخلاف مسئلة البيع فإن الثانى ليس فرعا للأول . وكذلك إذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح ، لأنه إن صح ، فإن كان بحصته من الثمن شائعا

بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ؛ ألا ترى أن للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل.

ونقل الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز ، كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه ؛ فعلى الوجه الذى صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له. قال فى الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا : ولكن التعويل على ماذكرنا يريد ماقررناه من بطلان الضمان حيث صح ، لكن بعد ماصار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الأول بما ذكر للناظر أن يختار الثانى ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا ، إلا أن يفرق بين شرائه بحصته وبين ضمانها ، أو يخص البطلان بما إذا أريد ضمان النصف شائعا ويحكم بأنه المراد. وقوله (بخلاف ما إذا باع صفقتين) يعنى بخلاف مالو باع الشريكان العبد صفقتين بأن باع هذا نصيبه على حدته ، وهذا كذلك من ذلك المشترى ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعا معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن أحدهما صح الضمان (لأنه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك ، ولذا لو قبل المشترى

صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده ، وإن صح فى نصيبه مفرزا أدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ، وذلك لا يجوز لأن القسمة إفراز ، وذلك إما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما فى الذمة من الدين غير متصور. وذكر فى الفوائد الظهيرية فى تعليله لأن مايستحق بنصيب أحدهما فالآخر أن يشاركه فيه إذا كان مالا بدليل أن أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ، ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك ، فإذا رجع بطل حكم الأداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى إلا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم إلى أن لا يبقى شئ ، فهذا معنى قول مشايخنا إن فى تجويز هذا الضمان ابتداء إبطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ، ولا معنى لما قيل فى تعليل هذه المسائل لو صح الضمان إما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه ، لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا. وقوله ولا وجه إلى الثانى لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضا لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة ، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ، ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره ، وفيه نظر لأن قوله فإذا رجع بطل حكم الأداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع إنما يصح أن لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع ، بل هو من حيث إنه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقى بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه. وقوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا. يجاب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شائع فى كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز فى بعض أفراده لا تعلق له بالباقى من الأفراد ولا خفاء فى اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص فى التعقل ، وقوله لا معنى لهذا أيضا لانعقاد الإجماع الخ. يجاب عنه بأنه إنما تلزم القسمة فيه لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر أن يشاركه ، بخلاف ما إذا باعا صفقتين بأن

(قوله كان للآخر ولاية المشاركة) أقول : غير مسلم ، قال صاحب الهداية فى فصل فى الدين المشترك من كتاب الصلح : ولا سبيل للشريك على الثوب لأنه ملكه بعقده (قوله ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن) أقول : الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه) أقول : تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول : أجاب عنه الشارح فى كتاب الصلح بأن القسمة فى صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجعه (قوله نقله صاحب النهاية) أقول : نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجاب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول : فيه تأمل (قوله لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ) أقول : قال بعض الفضلاء : هذا غير مطابق للواقع ،

قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز. أما الخراج فقد ذكرناه وهو) يخالف الزكاة ، لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية .

فى نصيب أحدهما فيما إذا باعا معا دون الآخر صح ، ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص . ولا يخفى أن هذا فى الثانى محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبى حنيفة وإلا فهو على قولهما فى تعدد الصفقة على ماسلف فى البيع . قال الإمام قاضيخان : ولو تبرع يعنى الشريك بالأداء فى هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطا حقه فى المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لأن التبرع أسرع جوازا من الكفالة ، ألا ترى أنه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة به (قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز ، أما الخراج فقد ذكرناه) قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان فى الخراج (وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل) هو تمليك طائفة من ماله مقدرة لا دين ثابت فى الذمة لأن الدين اسم لمال واجب فى الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين ، والزكاة ليست كذلك بل إيجاب إخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقى ، ولو وجبت فى نصاب مستهلك وإنما لها شبه الدين فى بعض الأحكام على ما قدمناه ، بخلاف الخراج لأنه مال يجب فى مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة ، وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فإنه غير

سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فإن الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لأنه لا شركة ثمة لأنها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه . واستوضح بقوله ألا ترى أن للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر . وله أن يقبض نصيب أحدهما إذا نقد ثمن حصته وإن كان قبل الكل ، ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك . قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز . أما الخراج فقد تقدم فى قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان فى الخراج . قيل والمراد به الموظف وهو الواجب فى الذمة بأن يوظف الإمام فى كل سنة على مال على مايراه دون المقاسمة وهى التى يقسم الإمام مايخرج من الأرض لأنه ليس فى معنى الدين لعدم وجوبه فى الذمة ، وقد تقدم فى هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة . وذكر المصنف رحمه الله فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة ، لأنها مجرد فعل ، إذ الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلا عن شىء ، والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد موته إلا بالوصية ، وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ماليس بحق ، والأول ككرى الأنهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى ، بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو إلى

فإن ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وإن كان للآخر حق المشاركة ؛ ألا ترى أن له أن لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك ، وبالجملة فوقوع الملك له خاصة منصوص عليه ، وسيجىء إن شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره . والأولى أن يقال : إن البيع أمر حكمى ، وبإضافة البيع إلى نصيبه مشاعا لا يلزم محذور ، بخلاف إضافة الكفالة فإن اعتبار الشيوع فيه يؤدى إلى أن يصير ضامنا لنفسه من وجه وهو غير مشروع ، فوضح الفرق واندفع الإشكال ، ثم فى صورة البيع إذا اعتبرنا إضافته إلى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة ، ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار إضافته إلى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع ، فإن الملك للعاقد وإن أضاف إلى تعد غيره على ماعرف ، وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجىء انتهى . ونحن نقول قوله وإن كان للآخر حق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما إذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل فى الصلح فى الدين المشترك ، ثم قوله وسيجىء : يعنى فى الصلح فى الدين المشترك ، ثم قوله فوضح الفرق واندفع الإشكال كلام خال عن الفائدة ، إذ ليس فى كلامه مايدفع الإشكال .

وأما النوائب ، فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق ، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات فى زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل إلى الصحة الإمام على البزدوى ، وأما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها أوحصة منها والرواية بأو ، وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة ، والمراد بالنوائب ماينوبه غير راتب والحكم مابيناه :

واجب فى الذمة (وأما النوائب فإن أريد بها مايكون بحق ككرى النهر المشترك) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذى يسمى فى ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) فى حق (وفداء الأسارى) إذا لم يكن فى بيت المال شىء (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة ولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شىء فيه (وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (فى زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان فى كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم . فاختلف المشايخ فى صحة الكفالة بها، فقيل : تصح إذ العبرة فى صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور ، وينبغى أن كل من قال إن الكفالة ضم فى الدين يمنع صحتها هاهنا ، ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها فى المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقا (وممن يميل إلى الصحة الإمام البزدوى) يريد فخر الإسلام، أما أخوه صدر الإسلام فأبى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هى النوائب بعينها أو حصة منها) إذا قسمها الإمام ، ولا حاجة إلى كون الرواية قسم بلا هاء ، لأن قسمة فى القرآن بمعنى قسم ، قال تعالى - ونبئهم أن الماء قسمة بينهم - إذ لامعنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدرى ، لكن لوكان كذلك لكان ينبغى كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب) ما هو (منها غير راتب) فتغايرا (والحكم) يعنى فى القسمين (مابيناه) من الصحة فى أحدهما والخلاف فى الأخرى ، ثم من أصحابنا من قال : الأفضل للإنسان أن

فداء أسرى المسلمين ولم يكن فى بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك ، والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الإمام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين . والثانى كالجبايات فى زماننا وهى التى يأخذها الظلمة فى زماننا ظلما كالقيجر ففيه اختلاف المشايخ . قال بعضهم : لايصح الضمان بها لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعا ولا شىء عليه هاهنا شرعا ، وقال بعضهم : يصح وممن يميل إليه الإمام البزدوى يريد فخر الإسلام رحمه الله ، لأن صدر الإسلام ممن مال إلى عدم صحتها . قال فخر الإسلام : وأما النوائب فهى مايلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لأنها ديون فى حكم توجه المطالبة بها . والعبرة فى الكفالة للمطالبة لأنها شرعت لالتزامها ، ولهذا قلنا : إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا وإن كان من جهة الذى يأخذ باطلا ، ولهذا قلنا : إن من قضى نائبة غيره بإذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع. قال شمس الأئمة : هذا إذا أمره به لاعن إكراه ، أما إذاكان مكرها فى الأمر فلا يعتبر أمره فى الرجوع . وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبى بكر بن سعيد أنه قال : وقع هذا الحرف غلطا لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون . وأجيب بأن القسمة قد تجىء بمعنى النصيب ، قال الله تعالى - ونبئهم أن الماء قسمة بينهم - والمراد النصيب . وكان الفقيه أبوجعفر الهندوانى يقول معناه أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع

(ومن قال لآخر لك على مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة ، فالقول قول المدعي . ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة فالقول قول الضامن . ووجه الفرق أن المقرّ أقرّ بالدين ؛

يساوى أهل محلته فى إعطاء النائبة . قال شمس الأئمة : هذا كان فى ذاك الزمان لأنه إعادنة على الجائحة والجهاد ، أما فى زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما ، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له ، وإن أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب . وقوله والحكم مابيناه يعنى ماذكره من أن الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لآخر) المراد الفرق بين مسئلتين : إحداهما من أقرّ بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقرّ له وأنكر الأجل القول للمقر له ، ولو

الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه . وقال بعضهم : معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء ، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء . وقال بعضهم : هى النوائب بعينها ، وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصتهما : أى من النوائب : يعنى إذا قسم الإمام ماينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فأصاب واحدا شيء من ذلك فيجب أداؤه فتكفل به رجل صحت الكفالة بالإجماع . قيل : ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما فى قوله تعالى - من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال - فأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لأن القسمة إذا كانت حصة منها فهو محل أو ، وأما إذا كانت هى النوائب بعينها فهو محل الواو لما مر . وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة ، والمراد من النوائب ماينوبه غير راتب . قيل : وممن قال بهذا القول الإمام فخر الإسلام ، والحكم مابيناه : يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق ، واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق . قال (ومن قال لآخر لك على مائة إلى شهر الخ) ومن قال لآخر لك على مائة إلى شهر فقال المقرّ له هى حالة فالقول قول المدعى لكونها حالة ؛ وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هى حالة فالقول قول الضامن . وروى عن أبى يوسف إبراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقرّ له . وقال الشافعى : القول فيهما للمقرّ . له أن الدين نوعان : حال ومؤجل فإذا أقرّ بالمؤجل فقد أقرّ بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة . وأجيب بفساد الاعتبار لأن الأجل فى الدين عارض كما سيأتى . ولأبى يوسف أنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه فلا يصدق فيه إلا بحجة اعتبارا بالإقرار بالدين . وأجيب بما أجيب به الشافعى . ووجه الفرق بينهما أن المقرّ أقرّ بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره ، والأول مقبول والثانى يحتاج إلى برهان ، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر . وفى الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه ليس عليه دين فى الصحيح كما تقدم ، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما . ولقائل أن يقول : هب أنه لا دين عليه فيقرّ به أليس أنه قد أقرّ بالمطالبة فللخصم أن يقول : أقرّ بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه إلى آخر ماذكرتم فلا يتم الفرق ، وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال : الكفالة لما كانت التزام المطالبة فى الحال وجب أن لا يثبت الأجل عند دعواه الكفيل ، لأنه إذا ثبت بطلت الكفالة ، وفيه من التناقض مالا يخفى .

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعى) أقول : يعنى بفساد الاعتبار ، وفيه شيء .

ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفى الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه لادين عليه فى الصحيح ، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل فى الديون عارض حتى لايثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار ، أما الأجل فى الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الأصيل ، والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول ، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الأول بالثانى والفرق قد أوضحناه .

أقرّ بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقرّ له وأنكر الأجل القول للكفيل فى ظاهر الرواية خلافا للشافعى حيث ألحق الأول بالثانى فجعل القول فى المسئلتين للمقرّ . ولأبى يوسف على رواية إبراهيم بن رستم حيث ألحق الثانى بالأول فجعل القول فيهما للمقر له ، وما وقع فى أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك ، وهو أن الشافعى ألحق الثانى بالأول وأبو يوسف قلبه سهو من الكاتب . وجه قول الشافعى رحمه الله إن الدين نوعان : حالّ ومؤجل . فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاعتراف بحنطة رديئة أو جيدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل . وجه قول أبى يوسف إنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق إلا بحجة كما فى الأول وصار الأجل كالخيار فيما لو أقرّ بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب فى إنكاره الخيار . وجه المذهب أن المقرّ بالدين أقرّ بما هو سبب المطالبة فى الحال ، إذ الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلا عن قرض أو إتلاف أو بيع ونحوه ، والظاهر أن العاقل لايرضى بخروج مستحقه فى الحال إلا ببدل فى الحال ، فكان الحلول الأصل والأجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لانوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والآخر ينكره (وفى الكفالة ما أقرّ بالدين) على ماهو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها فى الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له ، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها فى الحال أو فى المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك ، فإنما أقر بنوع منهما فلا يلزم بالنوع الآخر ، بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فإنها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم ، وهذا مخلص ممن ادعى مالا وهو مؤجل فى الواقع .

والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول إقناعيا جدليا لدفع الخصم فى المجلس ، وذكر الثانى لمن له زيادة استبصار فى الاستقصاء على مايذكر ، وأن الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها فى الحال أو فى المستقبل . والثانى موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولأن الأجل فى الديون عارض) هو الفرق الثانى ، ومعناه على أن مالايثبت بشىء إلا بشرط كان من عوارضه ، وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن ، لأنا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضها والأجل فى الديون بهذه المثابة لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لايثبت الأجل فيها إلا بالشرط وفى الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلا من غير شرط إذا كان مؤجلا على الأصيل فكان الأجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان . وهذا أقصى ما يتصور فى الفقه من الدقة فى إظهار المأخذ . وإذا كان الأجل فى الديون عارضا لايثبت إلا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما فى شرط الخيار ، وإذا كان فى الكفالة ذاتيا كان إقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله . ووقع فى المتن والشافعى ألحق الثانى بالأول ، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثانى ، والعكس هو المشهور من مذهبهما . فمن الشارحين

(قوله والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول الخ) أقول : وعندى أن الفرق الأول أيضا صحيح لايرد عليه ما أورده ، فإن المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين فى ذمته فى الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك ، والمقر بالكفالة لم يقر بشىء فى الحال بل يدعى ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل ، وهذا كلام إجمالى كتبته تذكرة .

قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لأن بمجرد الاستحقاق لاينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل ، بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل . وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق ، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات فى ترتيب الأصل .

فإن اعترف به مؤجلا لايصدق ، وإن أنكر يكون كاذبا وخاف إن اعترف به كذلك لايصدق فى الأجل ، فالحيلة أن يقول للمدعى هذا المال الذى تدعيه مؤجل أم معجل ، فإن قال مؤجل حصل المقصود ، وإن قال معجل فينكر وهو صادق . وفى العيون : من عليه دين مؤجل إذا حلف ماله اليوم قباه شيء أرجو أن لايكون به بأس إن كان لايقصد به إتواء حقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول : يعنى لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لأن بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع (لاينتقض البيع) أى لاينفسخ (على ظاهر الرواية) واحترز بظاهر الرواية عن رواية الأمالى عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لأن الضمان توجه على البائع ووجب للمشترى مطالبته فكذلك على الكفيل . وجه الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لاينفسخ البيع فبالضرورة لايجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود إلى ملك المشترى ، حتى لو كان الثمن عبدا فأعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه ، وكذا لو كان المشترى باعها من غيره فاستحقت من يد الثانى ليس للمشترى الأول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشترى الثانى كى لايجتمع البدلان فى ملك واحد ، وإذا لم يجب الثمن على الأصيل لايجب على الكفيل ، بخلاف مالو قضى بحرية العبد ونحوه لأن البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك رأسا ، وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحليته للملك باقية واحتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت ، فما بقى هذا الاحتمال يبقى الملك ، بخلاف ما إذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ . وصحح فى فصول الاستروشنى أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى وبعد قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه بالثمن ، والرجوع بالقضاء يكون فسخا . ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف فى الأرض المشتراة ، أو أنها كانت مسجدا ، ويشارك الاستحقاق الناقل فى أن كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم ، حتى أنه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لاتقبل بينته ، ويختلفان فى أن كل واحد من الباعة فى الناقل لايرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ، ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه ، وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة . وقوله (وموضعه) أى الاستحقاق (أوائل الزيادات فى ترتيب الأصل) يريد ترتيب محمد فإنه بدأ بباب المأذون ، واحترز بالأصل عن ترتيبها الكائن الآن فإنه ترتيب

من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما ، ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشترى الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن ، لأن احتمال الإجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن ، لأن بمجرد قضاء القاضى بثبوت الاستحقاق للمستحق لاينتقض البيع فى ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه ، فلو كان الثمن عبدا فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ إعتاقه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ، ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها ، بخلاف الدرك لأنه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا ، ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة و هو غير قادر عليه ، وعندهما هو بمنزلة الدرك و هو تسليم المبيع أو قيمته فصح .

أبى عبد الله الزعفرانى تلميذ محمد بن الحسن فإنه غير ترتيب محمد إلى ما هى عليه الآن ، وإنما سماه محمد بالزيادات لأن أصول أبوابه من أمالى أبى يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبى يوسف أصلا ثم يزيد عليه تفريعا تتميما له (قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مشتبهة) المراد فإنها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازى : هو كتاب الشراء و هو ملك المشترى فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه ، وفى بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجوارى ، وتقال لنفس العقد لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد ، والعهد والعقد واحد ، وتقال على حقوق العقد لأنها ثمراته وعلى خيار الشرط ، وهى فى الحديث « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » أى خيار الشرط فيه ، ولكل ذلك وجه قد بيناه ، وإذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك فإنه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر . وذكر بعض المشايخ أن عند أبى حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه ، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) إن قدر عليه (أو) تسليم (قيمته) وذكر الصدر الشهيد فى أدب القاضى للخصاف أن

وإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الأصيل ، وإذا لم يجب على الأصيل لم يجب على الكفيل ، وإنما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف فى الأمالى له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع ، لأن الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشترى مطالبته ، فكذلك يجب على الكفيل . فإن قيل : فإذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق ؟ وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشترى على البائع وكفيله إن شاء وموضعه أوائل الزيادات فى ترتيب الأصل ، أراد بترتيب الأصل ترتيب محمد ، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما أملى به أبو يوسف ، فإن محمدا أخذ ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصلا ، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبى يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات ، وكان ابتداء إملاء أبى يوسف فى هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ، ثم رتبها الزعفرانى على هذا الترتيب الذى هى عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) ذكر هاهنا ثلاث مسائل : الأولى ضمان العهدة وقال إنه باطل ولم يحك خلافا . والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق . والثالثة ضمان الخلاص . وقد اختلفوا فيه فأما بطلان الأولى فلأن هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع فى استعمالها فإنها تقع على الصك القديم الذى عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه ، وما ليس بمضمون على الأصيل لا تصح الكفالة به ، وقد تقع على العقد لأنها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد ، وقد تقع على حقوق العقد

(قوله ووجب للمشترى الخ) أقول : فيه شىء إلا أن يكون وجب بمعنى ثبت .

(باب كفالة الرجلين)

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل

تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد : يعني فيكون صحيحا لأنه ضمان الدرك عندهما تصحيحا للكلام ، فتمت الألفاظ ثلاثة : ضمان الدرك جائز بالاتفاق ، وضمان العهدة لايجوز باتفاق ظاهر الرواية ، وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية . وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط : فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن . وإن لم يذكر رد الثمن يفسد لأنه يبقى الضمان بتخليص المبيع . وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا ، أما إذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالإجماع .

(باب كفالة الرجلين)

لأنها من ثمرات العقد ، وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق ، وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » أي خيار الشرط فيه ، ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما تعذر العمل به . وأما جواز الثاني : أي ضمان الدرك فإن العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به . وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال : هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لامحالة : أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لايقدر على الوفاء به لأنه إن ظهر مستحقا فربما لايساعده المستحق ، أو حرا فلا يقدر مطلقا ، والتزام مالايقدر على الوفاء به باطل ، وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عنه وضمان الدرك صحيح . وأجيب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال ، ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط : فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن ، فهذا يشير إلى أن بطلان الضمان إنما كان بالخلاص منفردا ، أما إذا انضم إليه رد الثمن فهو جائز . قيل وعلى هذا في كلام المصنف نظر لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة ، وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لايلتبس فضيلة ، هذا مايدل عليه كلام المصنف . وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد ، وهو تفسير الدرك ، وهذا يدل على أن الخلاف في العهدة أيضا ثابت . وذكر في الفوائد الظهيرية : وأما ضمان العهدة فقد ذكرها هنا : أي في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافا . وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك ، وهو خلاف ما ذكره المصنف فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف ، والله أعلم بالصواب .

(باب كفالة الرجلين)

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد طبعا فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع . قال (وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) إذا اشترى الرجلان عبدا بألف

(باب كفالة الرجلين)

واحد منهما عن صاحبه فما أدّى أحدهما لم يرجع على شريكه حتّى يزيد مايؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة ، لأن الأول دين والثانى مطالبة ، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول ، وفى الزيادة لامعارضة فيقع عن الكفالة ، ولأنه لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه .

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه (قوله وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا معا عبدا بألف) أو اقترضا معا (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتّى يزيد مايؤديه على النصف فيرجع بالزائد)وجهين : أحدهما (أن كلا منهما فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ماعليه بحق الأصالة و) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الأول وضعف الثانى (لأن الأول دين) عليه . (والثانى مطالبة) بلا دين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى تقديما له على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة . لايقال : إن هذا يقتضى أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، و نقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة فلهذا إلا أن يصرفه بنيته أو بلفظه إلى أحدهما . لأنا نقول : الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا ، فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة ؛ ألا ترى أن المريض إذا اشترى فى مرض موته شيئا كان من جميع المال ، ولو كفل كان من الثالث . وأيضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ، ولو كفل وعليه دين لايجوز . وأماكونه يصرف بنيته . قلنا : التعيين فى الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد ، حتّى لو كان نصف الدين بقرض مثلا ونصفه ببيع وعين صح إذ فى الجنسين يعتبر تعيينه لأنه حينئذ مفيد . ثانيهما (أنه لو وقع فى النصف عن صاحبه)للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلصاحبه أن يرجع) بعين مارجع عليه به المؤدى (لأن أداء نائبه) يعنى كفيله بأمره (كأدائه

فالثمن دين عليهما لامحالة ، فإن كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل، وكل من كان فى النصف أصيلا وفى النصف الآخر كفيلا فما أدى إلى تمام النصف كان عما عليه بحق الأصالة صرفا إلى أقوى ما عليه ؛ كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد فى المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض فى المجلس ، وما عليه بحق الأصالة أقوى لأنه دين ، وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين وهى تابعة للدين لابتنائها على الدين ، فإن المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه ، بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف إليه إلى تمام النصف ، وفى الزيادة عليه لامعارضة إن لم يكن عليه فيها بحق الأصالة شىء فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين ، وفى النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لا لانتفائه (قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف ، فإنه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال : لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه ، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدى إلى الدور فلم يقع فى النصف عن صاحبه ليرجع عليه . وقوله (لأن أداء نائبه كأدائه) بيان للملازمة . وتقريره أن صاحب المؤدى

(قوله وفى النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لالانتفائه) أقول : ضمير انتفائها راجع إلى المعارضة ، وضمير لالانتفائه راجع إلى أحدهما (قوله مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول : قوله وهو راجع إلى محال (قال المصنف : لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدى إلى الدور) أقول : فى الملازمة مالا يخفى (قوله لأن أداء نائبه كأدائه) إن أريد كأدائه عن نفسه بحق الأصالة أو مايعمه فسلم ولا يفيد، وإن أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع ، وكيف يكون أداء كفيله عنه كأدائه عن كفيله فليتأمل .

فيؤدى إلى الدور (وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شىء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على مامر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل

بنفسه، ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه ، لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع مارجع به صاحبه، وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف مارجع به صاحبه. بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه فى إحدى المائتين أصيل ، فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها ، لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ماعليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة ، وإنما يرجع بماعليه من الكفالة (فيؤدى إلى الدور) وما يؤدى إليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع ، إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع ، وقد علمت أنه امتنع للدور . واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشىء على مايتوقف عليه . ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه . بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه ، فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره ، وكذا الأول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه . والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لايمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لأنه اعتبار باطل يؤدى إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب ، وهو نقيض مايقطع به من الشرع أن المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى ، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببا لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر ، هذا مجازفة عظيمة (قوله وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شىء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا. ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر إلى أنها مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل

يقول له أنت أديته عنى بأمرى فيكون ذلك كأدائى ، ولو أديت بنفسى كان لى أن أجعل المؤدى عنك ، فإن رجعت علىّ وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذى أدّيته عنى فهو أدائى فى التقدير ، فلو أديت حقيقة رجعت عليك فى تقرير أدائى كذلك ، والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى إلىّ الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور ، بخلاف الزيادة على النصف ، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه . إذ ليس على الشريك بحكم الأصالة إلا النصف فيقيد الرجوع (وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الأصيل كذلك ، فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الأصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل ، وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح (وكل شىء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لأن ما أدى أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح

(قال المصنف : وبالكل عن الشريك) أقول : فيه بحث (قال المصنف : فتجتمع الكفالتان على مامر) أقول : قبل ورقتين فى تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان .

كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه . وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ماتقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته الاستواء ، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ماأدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه ، بخلاف ماتقدم ، ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره . قال (وإذا أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقى المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به . قال (وإذا افترق

لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الأصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجيح للبعض على البعض) ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدى إلى الدور لأن قضية هذا الاستواء) للاستواء فى العلة وهى الكفالة (وقد حصل بوجوع أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدى بلا موجب ، بخلاف ما تقدم) لا استواء فيه فى العلة ، فإن أحدهما علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو ،وجبها فلذا لا يرجع إلا بما زاد على النصف ، وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول فى المسئلة الأولى ، ولو كان الوجه الثانى صحيحا لم يقع فرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى ، واحتسابه به عن المؤدى وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذى ترجع علىّ به بسبب أنك أديته عنى هو كأدائى بنفسى فكأنى أنا الذى أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به ، ولا شك فى بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول (ثم يرجعان) يعنى الكفيلين المتكافلين (على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه ، وإن شاء رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع ، لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فبقى المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله) (قوله وإذا افترق

للبعض على البعض ، بخلاف ما تقدم فإن الأصالة فى النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة . وإذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه ، بخلاف ما تقدم لأن كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة ، بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه ، وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى إلى الدور كما تقدم ، وإنما قال فى الصحيح ليتأتى الفروع المبنية على ذلك فإنه قال (ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما ، وقال (وإن شاء) يعنى من أدى منهما شيئا (رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل . وقال (وإذا أبرأ ربّ المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل ، فبقى المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل ولهذا نأخذه به وهو ظاهر . قال (وإذا افترق

(قال المصنف : وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول : ليس هذا موضع مال .

المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين . قال (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شىء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا ، وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف فى حق صاحبه ، وسنذكره فى المكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة .

المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى) كتاب (الشركة) من أن شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين) المديونين بدين واحد ، والله الموفق (قوله وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبتكما على ألف إلى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شىء أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه . ووجهه أن هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط ، ولأنه كفالة ببدل الكتابة وهو باطل ، وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل ، والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة . وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه ، وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما فى الولد المولود فى الكتابة فيجعل كل منهما فى حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة ، وفى الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هى المعتبرة حتى أن ما أداه أحدهما يرجع بنصفه على

المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ) إذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلأصحابه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك ، فإن أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشىء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لأنها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة ، وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق ، فإذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين . قال (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف (إلى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل ، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا . أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه ، وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضى دينا

قال (ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه مارضى بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما . وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان ، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاءالمعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، وإن أخذ الذى أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لأنه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشىء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم .

صاحبه لاستوائهما (ولو لم يؤديا شيئا) حتى أن المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه) وبرئ عن النصف لأنه مارضى بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال فى الحقيقة مقابل بعتقهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوّف الشارع إلى العتق (فإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب أن يتنصف ؛ وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء ، المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة) وأورد عليه أنه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز . أجيب بأن هذا فى حالة البقاء لا فى الابتداء كما لو مات شهود النكاح (فإن أخذ الذى عتق رجع على صاحبه بما أدّى ، وإن أخذ الآخر به لم يرجع) على الذى عتق (لأنه) ربما (أدى عن نفسه) .

صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك . ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه : أى بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر ، وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلا بألف عن صاحبه كما سنذكره فى المكاتب ، وهذا إنما يستقيم إذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها ، وأما إذا اختلفت الكتابتان فإن عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق ، وإذا عرف ذلك عرف استواؤهما فى الوجوب عليهما لاستوائهما فى العلة : أعنى الكفالة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لايعتق واحد منهما مالم يؤدّ جميع البدل ، فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل أولم يرجع بشىء لانتفت المساواة ؛ ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لأنه ما رضى بالمال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر ، لأن المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لايتعدى غير موضعها . وإذا أعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما ولهذا يتنصف . وعورض بأنه إذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لايصح الرجوع مالم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر . وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى ، لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بأدائه عن نصيبه وعتق لأن المكاتب إذا أدى ماعليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان فى التخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعا ، وإذا بقى النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء ، وأما المعتق فبالكفالة ، وأما صاحبه

(قوله أى بأداء كل واحد منهما) أقول : الأولى أن يطرح كلمة كل فإنهما يعتقان بأداء واحد منهما .

(باب كفالة العبد وعنه)

(ومن ضمن عن عبد مالا لايجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه لايطالب لعسرته ، إذ جميع مافى يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر ، فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس ،

(باب كفالة العبد وعنه)

أخر مايتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لايجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لايجب عليه إلا بعد عتقه ، وكذا إذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى ، بخلاف مالو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فإنه يؤخذ به فى الحال ، فإذا كفل رجل عن العبد بالمال الذى لايجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشرط فى الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذكر حلولا ولا غيره لزم) الكفيل (حالا لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الأجل ، وكيف والعتق لايصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لايقع أصلا (و) إنما (لايطالب به لعسرته ، إذ جميع ما فى يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أى بتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذى تحقق فى الأصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به فى الحال (فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب) يلزمه فى الحال مع أن الأصيل لايلزمه ،

فبالأصالة : قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهى باطلة . وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لأن البقاء يكون على وفق الثبوت ، فإن أخذ الذى أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه أداه عنه بأمره ، وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشىء لأنه أدى عن نفسه.

(باب كفالة العبد وعنه)

حق هذا الباب التأخير لأن العبد متأخر عن الحر ، إما لشرفه وإما لأن الأصل فى بنى آدم هو الحرية ، ووضع ترتيبه يقتضى تقديم كفالة العبد فى البحث ، ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق و فيه مافيه . قال (ومن ضمن عن عبد مالا لايجب عليه الخ) قوله لايجب عليه صفة لمالا . وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله فى الجامع الصغير ، وهى قول محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى العبد الذى يستهلك المال الذى لايجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال إلى عبارته فى الكتاب لأن عبارة محمد تحتاج إلى تأويل ، فإن العبد إذا استهلك المال عيانا يؤخذ به فى الحال . قال فخر الإسلام : مراده إذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى . وقال بعضهم : مراده العبد المحجور عليه البالغ إذا أودع مالا فاستهلكه فإنه لايؤاخذ به فى الحال بل بعد الإعتاق عن أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وأما عبارته فى الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لايجب

(باب كفالة العبد وعنه)

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول : وبدأ بالكفالة عن العبد لقربه(قوله وفيه مافيه) أقول : فإن عادة المصنفين ذكر الإجمال على وفق التفصيل وفيه منع (قوله إلى عبارته فى الكتاب) أقول : قوله إلى متعلق بقوله عدل فى قوله وعدل عن عبارة محمد .

بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ، ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل) لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حرا . قال (فإن ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى ردها

وهذا أحسن فى حلول هذه الكفالة ، بخلاف وجه تأخير الدين إلى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى ، فإنه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضا المولى ، بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى فى حقه بما يضره : أعنى تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بإيداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة ، وعدم نفاذ قول العبد فى حق المولى إذا كان يكذبه ، بخلاف الاستهلاك المعاين فإنه ليس فيه أحدهما فينفذ فى حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين فى الحال فيؤخذ من كسبه إن كان له كسب والاتباع رقبته فيه إلا أن يفديه المولى ، هذا هو المرجح فى قول محمد فى العبد الذى يستهلك المال الذى لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر) صحيح ، ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه ، وبحث أهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد ؟ وقوى عندى كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع فى الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل) وهو ظاهر ، لا فرق فى ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا ، وإنما فرضها فى العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى ردّ رقبة العبد

عليه حتى يعتق ولم يسمّ حالا ولا غيره فلا يحتاج إلى شىء لتناولها ما إذا أقرّ العبد باستهلاكه للحال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور أو وطىء امرأة بشبهة بغير إذن المولى أو أودعه إنسان فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ بذلك كله للحال ، أما صحة الكفالة فى هذه الوجوه فلأنه كفل بمال مضمون على الأصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما فى سائر الديون سواء كانت فى ذمة الملىء أو المفلس ، وأما كونها حالا فلأن المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة ، لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة ، إذ جميع ما فى يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه ، وهذا المانع غير متحقق فى حق الكفيل لأنه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ، ويؤخذ به الكفيل حالا وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل ، وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فإنها تصح ويؤخذ به الكفيل فى الحال وإن كان فى حق الأصيل متأخرا إلى الميسرة . فإن قيل : إذا لم يؤخذ من العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا إلا بعد الأجل . أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر : يعنى أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر : أى بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا ، وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ، ثم إذا أدّى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، فكذا الكفيل لقيامه مقامه . قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرّا أو عبدا فإنه بموته يبرأ الكفيل لبراءة الأصيل كما لو كان حرّا ، وذكر هذه تمهيدا للتى بعدها ولبيان الفرق بينهما (فإن ادّعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى ردّ الرقبة

على وجه يخلفها قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل ، بخلاف الأول . قال (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أوكان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر : يرجع ، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال . له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال .ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لايستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه ،

على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك ، وبعد الموت القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل) فهو كما لو كفل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه ، فإن عجز فبقيمته . فحاصله أنه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى : بخلاف ما لو كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد ، وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لايبرأ الكفيل فى قولهم جميعا : بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ماتقدم من الخلاف فيه (قوله وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أوكان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشيء (و) نقل (عن زفر رحمه الله) فى شرح الجامع (أنه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الأول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لايكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لأن الأصل أن كفالة العبد لاتصح مطلقا لأن الكفالة إنما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لاتصح من الصبى غير المأذون ، غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته فى دين الكفالة إذا كفل لغير السيد بإذن السيد ، فإذا كان على العبد دين لايملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره إياه بالكفالة ، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فإن لمولاه الحق فى ماليته فيعمل إذنه له فى أن يكفل عنه . وفى بعض نسخ الهداية : ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا . أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا . فإن قيل : دين العبد الذى يظهر فى حق المولى يقضى من ماليته وهى ملك المولى فأى فائدة فى هذه الكفالة ؟ أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولا معه ليقضى من جميع أمواله ، بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لايلزمه عينا إلا أن يسلمه ليباع ، وقد لايفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر (قد زال) بالعتق فإن الأداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما قلنا إن واحدا منهما لايستوجب دينا على الآخر

على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها ، وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل ، وقد انتقل الضمان فى حق الأصيل إلى القيمة فكذا فى حق الكفيل ، بخلاف الأول : أى الضمان الأول لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله ، وإنما قيده بإقامة البينة احترازا عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذى اليد أو بنكوله عن اليمين حيث تقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل . قال (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره الخ) إذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لايخلو إما أن يكون عليه دين مستغرق أولا ، فإن كان الأول لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى ، وإن كان الثانى صحت

فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حرّ تكفل به أو عبد) لأنه دين ثبت مع المنافى

(فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره) فبلغه (فأجاز فأدّى الكفيل لايرجع) لأن معنى الأمر وإن تحقق فى حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لأن الأصل أن مايقع (١) لازما لايكون لبقائه حكم الابتداء ، وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لايستوجب على الآخر دينا إلا أن يكون العبد مديونا فحينئذ يثبت له الدين على السيد ، وإذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان فى حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لأنها تقع لازمة ، وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن إذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فإن العبد يسعى فى ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لايرجع هنا ؟ أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحريتهما إذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى ، أما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حرّ تكفل به أو عبد) وكذا لاتجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لأنه) أى عقد الكتابة (ثبت مع المنافى) وهو عبديته للسيد المكاتب لأنه عبد مابقى عليه درهم ، وذلك يقتضى نفى الدين للسيد على عبده ،

إن كانت بأمره لأن ماليته لمولاه فله أن يحلها بالدين بالرهن والإقرار بالدين ، وإذا كفل المولى عن عبده فهى صحيحة سواء كانت بالنفس أو المال مديونا كان العبد أو غير مديون ، فإذا صحت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه . وقال زفر : يرجع لأن الموجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا : هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لأن العبد لايستوجب على مولاه دينا إذا لم يكن عليه دين مستغرق ، وكذا المولى لايستوجب على عبده دينا بحال ، وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فإن الكفيل بعد الأداء لايرجع على الأصيل بشىء لذلك . ونوقض بأن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد فى الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لايستوجب دينا على مولاه . وأجيب بأنه مغالطة فإن كلامنا فى أن العبد لايستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحرّ يستوجب دينا لأن استيجاب الدين عليه إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ، ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد ، وإنما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل . وكل دين يكون للمولى عليه أيضا غير بدل الكتابة ، أما فى بدل الكتابة فلأنه دين غير مستقرّ لثبوته مع المنافى وهو الرق فإن المكاتب عبد مابقى عليه درهم فكان القياس أن لايصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لايستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى ـ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ـ وكل ماثبت مع المنافى كان غير مستقرّ : أى ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر فى حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لأنها لتوثيق المطالبة ، وإذا كان غير مستقر

(قوله وإنما قال بمال الكتابة الخ) أقول : فيه رد لصاحب النهاية حيث قال : التخصيص بمال الكتابة غير مفيد ، فإنه كما لاتجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لاتجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ، ذكره فى المبسوط انتهى . إلا أن فى تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملا (قوله أما فى بدل الكتابة ، إلى قوله : وتقريره أن الكفالة إن صحت الخ) أقول : وتقريره الأول عندى أن مال

---

(١) (قوله أن مايقع) فى نسخة العلامة البحراوى : أن مالا يقع ، وكتب عليها بالهامش : أصل النسخ بحذف لا النافية ، فليتأمل مع ما يأتى اهـ .

فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ، ولأنه لو عجز نفسه سقط ، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه فى ذمة الكفيل ، وإثباته مطلقا ينافى معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد ، وبدل السعاية كمال الكتابة فى قول أبى حنيفة لأنه كالمكاتب عنده :

وإن ثبت فإنما يثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع إليه فيقتصر عليه (فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ، ولأن المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن إثباته) أى إثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه إذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (وإثباته مطلقا) فى ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافى معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الإطلاق على الكفيل وعلى تمكينه من إسقاطه على الأصيل لم يتحد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده) للعلة الأولى ، لأن له أحكام العبد عنده حتى لاتقبل شهادته ، ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده . وقسمها دون العلة الثانية إذ لايقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه . وعندهما تصح الكفالة به لأنه حر مديون عندهما ، وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة . وأما العبد التاجر إذا ادان مولاه دينا ، فإن لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلا له فالكفالة باطلة لأن العبد لايستوجب على مولاه دينا ، وإن كان عليه دين صحت الكفالة لأن كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا فى ذمته كما فى ذمة غيره فصحت الكفالة ، والكفالة بالنفس مثل ذلك إن لم يكن على العبد دين لاتصح ، وإن كان صحت .

جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة ، بل قد تكون هزوا ولعبا (قوله ولأنه) دليل آخر على عدم استقراره ، فإنه إذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . وقوله (ولا يمكن إثباته) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة ، وتقريره أن الكفالة إن صحت به فلا يخلو إما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل نفسه أو مطلقا ولا سبيل إلى كل واحد منهما . أما الأول فظاهر لأن الأصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك . وأما الثانى فلفوات شرط الضم الذى هو ركن الكفالة لأن من شرطه الاتحاد فى صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم ؛ ألا ترى أن الدين لو كان على الأصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك فى الكفالة المطلقة ، ولو كان جيدا أو زيفا على الأصيل كان على الكفيل كذلك ، والمطلق غير متحد مع المقيد ، فلو ألزمناه مطلقا لزم إلزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز ، وأما فى غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائها عليها ، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا (وبدل السعاية كمال الكتابة) فى عدم جواز الكفالة به للمولى (على قول أبى حنيفة رحمه الله لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافى) لما أن أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرها . وعلى قولهما تصح لأن بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو فى السعاية لايتحقق فكان كالحر المديون . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

الكتابة دين ثبت مع المنافى فى النص ، وكل ماهو كذلك لايظهر فى غير مورد النص ، فهذا الدين لايظهر فى حق الكفالة . وتقرير الثانى أنه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لاتصح الكفالة به ، لأنه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل ، والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل . ثم أقول : قوله ولأنه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث ، إذ لايخفى نبو كلام المصنف عما ذكره ، بل الظاهر أن قوله ولأنه دليل آخر على المدعى ، وقوله ولا يمكن إثباته تتميم للدليل ، والله الهادى إلى مستقيم السبيل (قوله أما الأول فظاهر) أقول : فيه تأمل (قوله وأما فى غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز الخ) أقول : معطوف على ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله أما فى بدل الكتابة فلأنه دين غير مستقر .

(كتاب الحوالة)

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة لأن كلا منهما عقد التزام ماعلى الأصيل للتوثق ، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة على ماستعلم ، بخلاف الكفالة لاتتضمنه فكانت كالمركب مع المفرد ، والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها . وأيضا أثر الكفالة أقرب إلى الأصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه . والحوالة اسم من الإحالة : ومنه يقال أحلت زيدا بما له على عمرو فاحتال أى قبل فأنا محيل وزيد محال ، ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه ، ويقال محتال عليه ، فتقدير الأصل فى محتال الواقع فاعلا محتول بكسر الواو ، وفى الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر فى مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها فى مختار المفعول ، وإما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها ، بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه ، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه . وفى المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ، ومنه التحويل وهو نقل الشىء من محل إلى محل ، ويقال للمحتال حويل أيضا ، فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال ربّ الدين ، والمحال عليه والمحتال عليه هو الذى التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين . وهى فى الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم ، بخلاف الكفالة فإنها ضم فى المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق ، وإنما اختلف المشايخ أن الدين أيضا ينتقل أولا وسنذكره من قريب ، فلوأريد التعريف على قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة من حيث أن فيها التزاما بما على الأصيل كما فى الكفالة ، ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر إذا اشترط موجب إحداهما للأخرى عند ذكر الأخرى ، لكنه أخر الحوالة لأنها تتضمن براءة الأصيل والبراءة تقفو الكفالة فكذا ما يتضمنها . والحوالة فى اللغة هى النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال . وفى اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به . وأما شرطها

(كتاب الحوالة)

قال فى البدائع : الأصل أن كل مالا تصح الكفالة به لاتصح الحوالة به انتهى . وفى التتارخانية أنه يجوز إحالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غصب أو وديعة ، وإذا صحت الحوالة برئ المكاتب وعتق . وقال فيه : وإن أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده ببدل الكتابة لاتصح ، وإن قيد ببدل الكتابة صحت وصار المكاتب وكيلا عن السيد بأداء بدل الكتابة إلى غريمه ، ولا يعتق مالم يؤد ، فإن مات سيده قبل الأداء إلى آخر ماذكر فى التتارخانية . قال الإتقانى : يحتاج ههنا إلى معرفة أربعة أشياء : المحيل وهو الذى عليه الدين ، والمحتال له وهو الدائن ، والمحتال عليه وهو الذى قبل الحوالة ، والمحتال به وهو المال انتهى . وفى معراج الدراية : يقال أحلت زيدا بما له على رجل فاحتال أى قبل فأنا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتال عليه ومحال عليه ، وتقدير المحتال فى الفاعل على محتول بكسر الواو ، وفى المفعول بالفتح ، وقولهم للمحتال المحتال له لغو لأنه لاحاجة إلى هذه الصلة ، ويقال للمحتال حويل (قوله والبراءة تقفو الكفالة) أقول : إذا لم يكن بأمر (قوله وفى اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول : هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ماسيجىء .

قال (وهى جائزة بالديون) قال عليه الصلاة والسلام « من أحيل على ملىء فليتبع» ولأنه التزم مايقدر على تسليمه فتصح كالكفالة ، وإنما اختصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل ، والتحويل فى الدين لا فى العين . قال(وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذى ينتقل بها والذمم متفاوتة

أو وقول النافين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهى جائزة بالديون) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبوهريرة رضى الله عنه « مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » متفق عليه . وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبرانى عن أبى هريرة فى الوسط قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم ، ومن أحيل على ملىء فليتبع » ورواه أحمد وابن أبى شيبة « ومن أحيل على ملىء فليحتل» قيل: وقد يروى فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغنى ظلما ، فإذا أحيل على ملىء فليتبع لأنه لايقع فى الظلم والله أعلم . ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب ، وعن أحمد للوجوب ، والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة ، فإن بعض الأملياء عنده من اللدد فى الخصومة والتعسير ماتكثر به الخصومة والمضاررة ، ، فمن علم من حاله هذا لايطلب الشارع اتباعه بل علمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم ، وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك فى أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ، ومن لايعلم حاله فمباح لكن لايمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الأمر فى إطلاق واحد ، فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد وإلا فهو دليل الجواز للإجماع على جوازها دفعا للحاجة ، وإنما خصت بالدين لأن النقل الذى تضمنه نقل شرعى وهو لايتصور فى الأعيان ، بل المتصور فيها النقل الحسى فكانت نقل الوصف الشرعى وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه . أما المحتال فلأن الدين حقه وهو) أى الدين (الذى ينتقل بها) أى بالحوالة (والذمم متفاوتة)

فسنذكره فى أثناء الكلام ، وكذا حكمها وأنواعها . قال (وهى جائزة بالديون الخ) الحوالة جائزة بالديون دون الأعيان ، أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل . أما الأول فما روى أبوداود فى السنن وقال : حدثنا القعنبى عن مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » وقال الترمذى فى جامعه بعد ماروى الحديث بإسناده إلى أبى هريرة : حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح ، ومعناه : إذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل . أمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولايكون مأمورا به من الشارع فدل على جوازها . وأما الثانى فلأنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر ، وذلك يوجب الجواز كالكفالة ، وأما اختصاصها بالديون فلأنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا ، والتحويل فى الدين لا فى العين . وتقريره الحوالة تحويل شرعى ، والتحويل الشرعى إنما يتصور فى محول شرعى وهو الدين لأنه وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبره الشرع فى ذمة شخص آخر بالتزامه . وأما العين إذا كان فى محل محسوسا فلا يمكن أن يعتبر فى محل آخر ليس هو فيه لأن الحس يكذبه فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسى ، وليس ذلك مما نحن فيه . قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه ، وهو أى الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلابد من رضاه ، ، ولا خلاف فى ذلك لأحد من أهل العلم ، وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا . وقال الشافعى : إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط ، وبه قال مالك

فلا بد من رضاه ، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه ، وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره فى الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه وهو لايتضرر به بل فيه نفعه لأنه لايرجع عليه إذا لم يكن بأمره .

فى حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضاه) وإلا لزم الضرر بإلزامه إتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلأنه) الذى (يلزمه الدين ولا لزوم إلا بالتزامه) ولو كان مديونا للمحيل لأن الناس يتفاوتون فى الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره فى الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه وهو) أى المحيل (لايتضرر به بل فيه نفعه) عاجلا باندفاع المطالبة عنه فى الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه (لأنه لايرجع إلا بأمره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره ، وأول فى الأوضح المذكور فى القدورى بما إذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة ، فإن قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون إسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه : أعنى نفس المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه ، كذا فى الخبازية . واشتراط رضا المحيل قول الأئمة الثلاثة ، قالوا لأن للمحيل إيفاء ما عليه من أىّ جهة شاء فلايتعين عليه بعض الجهات قهرا . ونقل ابن قدامة أن رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح . وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها علىّ فرضى الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لايكون له أن يرجع بعد ذلك ، وستبين الحق فيه عندنا . هذا ولا تصح الحوالة فى غيبة المحتال فى قول أبى حنيفة ومحمد كما قلنا فى الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على إجازته إذا بلغه ، وكذا لايشترط حضرة المحتال عليه ، حتى لو أحال على

وأحمد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه ، كما لو باع عبدا فإنه لايشترط رضاه لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل فى الاستيفاء ، وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع ، وقلنا إنه إلزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام . لايقال : إلزام الحاكم بالبينة على المنكر إلزام بدون الالتزام لأن الحكم إظهار للالتزام لا إلزام ، وأما رضا المحيل فقد شرطه القدورى وعسى يعلل بأن ذوى المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ماعليهم من الدين فلا بد من رضاهم . وذكر فى الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه ، والمحيل لايتضرر به بل فيه نفعه لأن المحال عليه لايرجع عليه إذا لم يكن بأمره . قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره . وقيل : لعل موضوع ماذكر فى القدورى أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر مايقبل الحوالة ، فإنها حينئذ تكون إسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه . والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه ، والأول إحالة وهو فعل اختيارى لايتصوّر بدون الإرادة والرضا ، وهو وجه رواية القدورى ، والثانى احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحتال عليه ورضاه . وهو وجه رواية الزيادات ، وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناء على أن إيفاء الحق حقه فله إيفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه

(قوله وقلنا إنه إلزام الدين الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الدين كان ثابتا فى ذمته فليتأمل . قال صاحب البدائع : ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقوله ورضاه ، بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى ، فيه تأمل . (قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ) أقول: ضمير اشتراطه راجع إلى الرضا، ثم إن القائل هو الكاكى(قوله وقيل لعل الخ)أقول : القائل هو الخبازى نقلا من الأوضح (قوله وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول : قوله اشتراطه مبتدأ ، وقوله ليس على ما ينبغى خبره .

قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر : لايبرأ اعتبارا بالكفالة ،

غائب فبلغه فأجاز صحت (قوله وإذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب ، وقول طائفة أخرى : لايبرأ إلا من المطالبة فقط (وقال زفر : لايبرأ) من المطالبة أيضا ، فالنظر فى خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر فى خلاف زفر ، فالقائلون إن المذهب لايبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمدتقتضى ذلك . فمنها أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه يصح ولايرتد برده كإبراء الكفيل ؛ ولو انتقل أصل الدين إلى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك . ومنها أن المحيل إذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول ، فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا

مطلقا كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغى . قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) إذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين ، وقوله بالقبول متعلق بقوله إذا تمت الحوالة ، والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم ، وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا ، فإن منهم من ذهب إلى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ، ومنهم من ذهب إلى أنها توجب براءتها عن المطالبة ،ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين . فما يدل على الأول ما قال إن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لاتصح هبته ولا إبراؤه ، ولو بقى الدين فى ذمته وجب أن تصح ، ولو أبرأ المحال عليه أو وهب الدين منه صح ،وهذا يقتضى تحول الدين إلى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه . ومما يدل على الثانى أن المحتال إذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كإبراء الكفيل .ولو انتقل أصل الدين إلى المحال عليه وجب أن يرتد برده، كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل فى الكفالة ، فإن الإبراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين ، والتمليك يرتد بالرد . ومنها أن المحيل إذا نقد ما للمحتال يجبر المحتال على القبول ، ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا فى نقد المال كالأجنبى ، والأجنبى إذا تبرع بقضاء الدين لايجبر ربّ المال لاتصح لبراءته بالحوالة ،وعند محمد على قبوله . قالوا : والأول هو الصحيح لأنه تصرف فى تحويل الدين فيجب تحويله . وقيل الأول قول أبى يوسف والثانى قول محمد ، والفائدة تظهر ، فالراهن إذا أحال المرتهن بالدين هل يسترد ؛ فعند أبى يوسف يسترده كما لو أبرأ عن الدين ، وعند محمد لايسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن ، وفيما إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبى يوسف تصح لبقاء الدين فى ذمته ، إذ المتحول بها هو المطالبة لاغير . لايقال : ماذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها ، لأن انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها إياه . وقال زفر رحمه الله : لايبرأ لأن الحوالة كالكفالة لأن كل واحد منهما عقد توثق وفى الكفالة لايبرأ فكذا فى الحوالة . وقال ابن أبى ليلى : ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله : الكفالة كالحوالة لما ذكرنا ، وفى الحوالة يبرأ فكذا فى الكفالة ، وجوابهما واحد وهوأن الحكم غيرمضاف إلى ماذكرتم من المشترك بل إلى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة ، فإن

(قوله لأن انتقال الدين بلا مطالبة) أقول : لايقال لوكانت المطالبة لازمة الدين لم يكن القول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ماذكرتم لأن المطالبة ليست بلازمة الدين نفسه بل لانتقاله إذ لا فائدة فى انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فإن فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليتأمل فإن الكلام محلا بعد .

إذ كل واحد منهما عقد توثق ، ولنا أن الحوالة للنقل لغة ، ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لايبقى فيها . أما الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية والتوثق باختيار الإملا والأحسن فى القضاء ،

بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره. ومنها أن المحتال إذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لايصح ، ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبيا عنه ، وتوكيل الأجنبى بقبض الدين صحيح . ومنها أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه لايرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ، فلو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما فى الكفيل إلا إن لم يكن للمحيل عليه دين وإلا التقيا قصاصا ، ولو كان الدين يتحول إلى ذمته كان الإبراء والهبة فى حقه سواء فلا يرجع . والقائلون إن المذهب ينتقل الدين استدلوا بأن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحولة لايصح إبراؤه وهبته ، ولو بقى الدين فى ذمته صح ، وجعل شيخ الإسلام هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد ؛ فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين . قال : وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسئلتين : إحداهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لايسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن . والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لايصح عند أبى يوسف لأنه برئ بالحوالة ، وعند محمد يصح وبرئ المحيل لأن أصل الدين باق فى ذمته ، وإنما تحولت المطالبة ليس غير ، وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال : لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين ، ، بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة فى بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين ، واعتبرها فى بعض الأحكام إبراء وجعل المحول بها المطالبة والدين ، وإنما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين ، إذ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف إلى الدين ، واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لأن الحوالة تأجيل معنى ؛ ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل ، وهذا هو معنى التأجيل ، فاعتبر المعنى فى بعض الأحكام واعتبر الحقيقة فى بعضها . نعم يحتاج إلى بيان كمية خصوص الاعتبار فى كل مكان ، وسيجيب المصنف عن بعضها فى خلافية زفر هذه . إذا عرف المذهب حينئذ جئنا إلى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع أن كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك فى المطالبة ، ولأن عدم الانتقال أدخل فى معنى التوثق إذ يصير له مكنة أن يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا أن الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين إذا انتقل عن الذمة لايبقى فيها ، أما الكفالة فللضم) لغة لأنها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة إلى الذمة (لأن الأحكام) يعنى العقود (الشرعية) المسماة بأسماء تعتبر فيها معانى تلك الأسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها (قوله عقد توثق) والتوثق أن يطالب كلا

الحوالة للنقل لغة ، ومنه حوالة الغراس ، وإذا حصل نقل الدين عن الذمة لايبقى فيها . أما الكفالة فللضم وهو يقتضى بناء ما يضم إليه ، والأصل موافقة الأحكام الشرعية للمعانى اللغوية . واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل فإنها حوالة صحيحة كما مر ، ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض إجمالى . والجواب أنا لانسلم أن لا نقل فيها فإنها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لايبقى على المحيل شىء (قوله والتوثق باختيار الإملا) جواب لزفر ، وتقريره سلمنا أن كل واحد منهما عقد توثق ، لكن براءة المحيل لاتنافيه لأن التوثق يتحقق معها باختيار الإملا :

(قال المصنف : إذ كل واحد منهما عقد توثق) أقول : وليس من الوثيقة براءة الأول ، بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الأول من غير تعين كما فى الكفالة فيها كما تقدم فيها.

وإنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعا . قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعى رحمه الله : لايرجع وإن توى لأن البراءة

منهما. قلنا بل التوثق لم ينحصر فى ذلك بل يصدق باختيار الإملا والأيسر فى القضاء فيكتفى به فى تحقيق معنى التوثق فى مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق ، وهذا الدليل ينهض على زفر فإنه قال ببقاء الدين والمطالبة على الأصيل . أما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا ، فإنه إذا قال الحوالة تنبئ عن النقل فيعتبر فيها ذلك . قالوا : سلمنا ، واعتبار نقل المطالبة كاف فى تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت . لزفر أن تحقيق التوثق يحصل باختيار الإملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق. وقوله وإنما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل إذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول ، فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لأنه حينئذ متبرّع بشىء من ماله فلا يجبر على قبوله . أجاب بأنه لايلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا ، وإنما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل إليه بعينه ممكنا مخوفا قد يتوقع ، فأما إن كان فلا لأنه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها ، فهذا الجواب بدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة ، وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلا بما إذا وقعت بغير إذن المحيل . وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لايبقى إذ ذاك على المحيل شىء ، إلا أنه قد يقال لو صح هذا لصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لأنه إذا أدى الكفيل لايبقى على المكفول عنه شىء . والحق أن أصل الجواب ساقط فإن انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكلية ، وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محال إلى محل ذمة المحال عليه . وعندى أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه ، لأن حقيقة الحوالة إن كان فعل المحيل الإحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه ، والنقل إنما هو فى حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه حمالة ، وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة وإلا استعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه . وقال الشافعى رحمه الله : لايرجع وإن توى)

أى الأقدر على الإيفاء لبسوطة سعة ذات اليد ، والأحسن قضاء بأن يوفيه بالأجود بلا مماطلة وهو فى الحقيقة تنزل فى الجواب بالقول بالموجب . وقوله (وإنما يجبر على القبول) جواب نقض يرد على قوله والأحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية ، وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار أجنبيا منه ، فإذا نقده كان الواجب أن لايجبر المحتال على القبول : أى لاينزل منزلة القابض إذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل إذ ذاك متبرّعا كالأجنبى ، وبأداء الأجنبى المتبرع لايجبر الطالب على القبول ، وتقرير الجواب لانسلم أن المحيل متبرع فى النقد وإنما يكون متبرعا كالأجنبى إن لو لم يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا . قال (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل : أى إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشىء إلا أن يتوى حقه على ما يأتى من معنى التوى . وقال الشافعى رحمه

(قوله كان له على على رضى الله تعالى عنه الخ) أقول : ليس فى حديث على كرم الله وجهه ماينافى ماقلنا لعدم دلالته على موت المحال عليه مفلسا كما لايخفى .

حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد . ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود ، أو تنفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ

بموت أو إفلاس أوغيره ، وهوقول أحمد والليث وأبى عبيد . وعن أحمد إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهوقول مالك ، لأن الإفلاس عيب فى المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ، ولأن المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به (لأن البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد) ولا سبب فلا عود ، ويؤيده ماروى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعدك الله فمنع رجوعه ، ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هى مقيدة معنى بشرط السلامة وإن كانت مطلقة ، وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو أن المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثانى لأن الذمم باعتبار هذا القدر متساوية ، وإنما تتفاوت فى إحسان القضاء وعدمه ، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثانى على الوجه الأحسن ، وإلا لم ينتقل عن الأول فصارت السلامة من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الأول ، فإذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الأصيل

الله : لايرجع وإن توى لأن براءة المحيل حصلت مطلقة : أى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى ، وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة مايدل على التقييد ، وكل ما كان كذلك لايعود إلا بسبب جديد كما فى الإبراء ، وتأيد بما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب : اخترت عليا فقال أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع . قلنا : البراءة حصلت مطلقة لفظا أو مطلقا ، والثانى ممنوع والأول مسلم ، لكن لايفيدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول : إنها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وإن كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال ، لأن المقصود من شرع الحوالة التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثانى لا نفس الوجوب ، لأن الذمم لاتختلف فى الوجوب ، وإنما تختلف بالنسبة إلى الإيفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الأول لكونه هو المطلوب ، فإذا فات الشرط عاد الحق إلى المحل الأول فصار وصف السلامة فى حق المحال به كوصف السلامة فى المبيع بأن اشترى شيئا فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن ، وإن لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى ، وهذا يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ ، وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته أى لفوات المقصود وهو السلامة لأنه قابل للفسخ ، حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت ، وكل ما هو قابل له إذا فات المقصود منه ينفسخ ، كالمشترى إذا وجد المبيع معيبا واختار رده فإنه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وإن لم يشترط ذلك فى العقد لما مر إشارة إلى عبارة آخرين منهم ، وهو يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل ، فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقى المشايخ رحمهم الله ، واستخدم قوله فصار كوصف السلامة فى المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ، ويؤيد ماذهبنا إليه ما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : إذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ، ولا توى على مال مسلم . ولم يعرف فى ذلك مخالف فحل محل الإجماع . وعورض بأن المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه إلى ذمة المحال عليه وبين أن يأباها إبقاء لحقه فى ذمة المحيل ، وكل مخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين عليه ولا يعود إلى الآخر كالمغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشىء ، وكالمولى إذا أعتق عبده المديون

فصار كوصف السلامة فى المبيع . قال (والتوى عند أبى حنيفة رحمه الله أحد الأمرين :

فصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لأن البراءة ماثبتت مطلقة بل بعوض ، فإذا لم يسلم يعود . يؤيده ماروى عن عثمان رضى الله عنه مرفوعا وموقوفا فى المحتال عليه إذا مات مفلسا قال : يعود الدين إلى ذمة المحيل ، وقال لاتوى على مال امرئ مسلم . ولفظ الأسرار قال : إذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ، ولا توى على مال مسلم . وذكر محمد فى الأصل عن شريح بمثل ذلك ، وهذان الحديثان متعارضان ، فإن كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافآ . هذا واختلفت عباراتهم فى كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أى بفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشترى إذا وجد بالمبيع عيبا ، وقيل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع إذا هلك قبل القبض ، وقيل فى الموت عن إفلاس تنفسخ ويعود ، وفى الجحود يفسخ ويعاد ، وفى طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لايرجع فكذا ما نحن فيه . قلنا : لانسلم بل له الرجوع إلا أنه سقطت المطالبة بالإعسار ولهذا كلما ظهر لأحدهما مال أخذه كما فى الكفيل والمكفول عنه إذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ، ثم لايدل على أن المطالبة لاتثبت حالة حياة المكفول عنه . قالوا : مال الحوالة جعل كالمقبوض ، لأنه لو لم يكن كالمقبوض لأدّى إلى الافتراق عن دين بدين ، ولأنه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ، ولولا أنه كالمقبوض لم تجز الحوالة . وإذا مات المحيل مفلسا لايكون المحتال أسوة للغرماء ، وإذا كان كالمقبوض لايرجع . قلنا : ليس كالمقبوض وإلا لجاز للمحتال أن يشترى شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشترى به من المحتال عليه . وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين إنما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض . وأما الصرف والسلم فحجة لنا لأنه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فإنه إذا أحال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد ، ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد ، وأما كون المحتال لايصير أسوة الغرماء إذا مات المحيل ولا مال له سوى ماعلى المحتال عليه فممنوع . قال فى الجامع الكبير : ولو أن المحال أخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغارماء بالحصص لأن هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحال لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لايتصور لكن تعلق به حق المحال وبهذا لايصير المحال أخص به مالم تثبت اليد بدليل أن العبد المأذون إذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته ثم وكسبه بين الكل بالحصص انتهى . وإذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبى حنيفة رحمه الله بكل من أمرين :

فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشىء . والجواب أن قوله إذا اختار أحدهما تعين عليه إما أن يريد به شيئين : أحدهما أصل ، والآخر خلف عنه ، أوكل واحد منهما أصل ، فإن كان الثانى فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد ، وإن كان الأول فلا نسلم أنه إذا اختار أحدهما تعين ، بل إذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع إلى الأصل لأن اختيار الخلف وترك الأصل لم يكن للتوثق ، فإضافة إتواء الحق إلى وصف يقتضى ثبوته فاسدة فى الوضع . قال (والتوى عند أبى حنيفة رحمه الله أحد الأمرين الخ)

(قال المصنف : فصار كوصف السلامة فى المبيع) أقول : بأن اشترى شيئا فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن وإن لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى ، وهذا التقرير ناظر إلى الكلام الأول ، فالمصنف جمع بين طريق المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة فى المبيع فيهما بمعنيين مختلفين .

إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولابينة له عليه ، أو يموت مفلسا) لأن العجزعن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى فى الحقيقة (وقالاهذان الوجهان . ووجه ثالث وهوأن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) وهذا بناء على أن الإفلاس لايتحقق بحكم القاضى عنده خلافا لهما ، لأن مال الله غاد ورائح . قال (وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ،ولا تكون الحوالة إقرارا منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه .

إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه) للمحتال ولا للمحيل ، فقوله (له) يعنى كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مفلسا)لامال له معينا ولا دينا ولا كفيل عنه بدين المحتال ، وعندهما بهذين . ووجه آخروهو أن يحكم حاكم بإفلاسه ، وهذا بناء على أن تفليس القاضى يصح عندهما ، وعنده لايصح لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضى على المحيل . والتوى التاف ، يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو تو وتاو. ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه فى الشافى والمبسوط : القول للطالب مع اليمين على العلم لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة ، ولو كان حيا فزعم أنه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته . وفى شرح الناصحى : القول للمحيل مع اليمين لإنكاره عود الدين (قوله وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل) إنما (أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لأن سبب الرجوع قد تحقق فى حقه وهو قضاؤه دينه بأمره . ولأن المحيل يدعى دينا عليه وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال : قبول الحوالة من المحتال عليه إقرار بالدين عليه . لأنا نقول : ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك ، بل قد تكون بما عليه وهى المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هى حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالأداءمن وجه والقبض (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال إنى أحلتك لتقبضه لى فقال المحتال بل أحلتنى بدين عليك ، فالقول للمحيل لأن المحتال يدعى عليه) أى على المحيل (دينا وهو ينكر)

توى المال إذا تلف. وهوعند أبى حنيفة يتحقق بأحد الأمرين : إما أن يجحدالمحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لأنه حينئذ لايقدر على مطالبته ، وإما أن يموت مفلسا لأن العجز على الوصول إلى الحق وهو التوى فى الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما . أما فى الأول فلما ذكرنا . وأما فى الثانى فلأنه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لابراءة إسقاط ، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع ، وقالا : هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه بالشهود حال حياته ، وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس بتفليس الحاكم عنده لايتحقق خلافا لهما ، قال : التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق وقد حصل هاهنا لأنه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه ، وقال : عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لأن مال الله غاد ورائح ، وقد تقدم معناه فى الكفاءة فلم يكن كالموت . ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر فى المبسوط . وعن الشافعى أن القول قول الطالب مع يمينه على علم لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة ، يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر ، وفلسه القاضى : أى قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كذا فى الطلبة. قال(وإذا طالب المحتال عليه المحيل الخ) إذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال

قال (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل) لأن المحتال يدعى عليه الدين وهوينكر ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه . قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء ، فإن هلكت برئ) لتقيدها بها، فإنه ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب

فالقول له لأن فراغ الذمة هو الأصل ، وبه قال الشافعى فى وجه ، وفى وجه آخر القول للطالب لأن الحوالة بالدين ظاهرا ، فما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أحمد . وقول المصنف (ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه) جواب عنه وهو بناء على تساويهما فى الاستعمال ، ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما وإلا فادعاؤه مجازا متعارفا يخص قولهما فإن الحقيقة عند أبى حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف ، وقد تكلف شمس الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحتال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكى وكنت وكيلا فى بيعه عنى والمقبوض مالى ويقول المحيل كان المتاع ملكى وإنما بعته لنفسى فالقول للمحيل ، لأن أصل المنازعة وقع بينهما فى ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر أنه له انتهى . وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة ، وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق فى سائر الأمهات . والحق أنه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لأن ثبوت الدين على الإنسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لابد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالته مثل له على أو فى ذمتى لأن فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته إلا بمثله من اللفظ ، ومنه نحو قوله اتزنها فى جواب لى عليك ألف للتيقن بعود الضمير فى اتزنها على الألف المدعاة ، بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء) لتيسر مايقضى به وحضوره ، بخلاف الدين عليه (فإن هلكت برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيدها بها) أى لتقيد الحوالة بالوديعة التى هلكت (فإنه) أى الرجل (ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة)بعين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلا ، فإنه إذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل

المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لأن سبب الرجوع وهو قضاء دينه بأمره قد تحقق بإقراره إلا أنه يدعى عليه دينا وهو ينكر ، والقول قول المنكر والبينة للمحيل ، فإن أقامها بطل حق المحتال عليه فى الرجوع . فإن قيل : لم لايجوز أن تكون الحوالة إقرارا منه بالدين عليه ؟ أجاب بقوله لأنها قد تكون بدونه : أى الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول قول المحيل) فإن قيل : الحوالة حقيقة فى نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه أن دعواه تلك دعوى ماهو من محتملات لفظه وهو الوكالة فإن لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما فى الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل ، فيجوز أن يكون مراده من لفظ ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لأن فى ذلك نوع مخالفة للظاهر . قال (ومن أودع رجلا ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة

(قوله فإن لفظ الحوالة الخ) أقول : كما سيجىء فى كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه . قال العلامة الكاكى : قيل المجاز لايعارض الحقيقة ، فاحتمال المجاز لايخرجه عن إرادة الحقيقة . أجيب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرجه عن إرادة الحقيقة ، ولو لم يخرجه كان محتملا فلا يدل على الإقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما فى الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول : فيه شىء .

لأن الفوات إلى خلف كلافوات ، وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا ، وحكم المقيدة فى هذه الجملة أن لايملك المحيل مطالبة المحتال عليه

الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب رد العين ، فإن عجز رد المثل أو القيمة ، فإذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لايبرأ (لأن) له خلفا و (الفوات إلى خلف كلا فوات) فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا) بأن يحيله بدينه الذى له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام : مقيدة بعين أمانة ، وبعين مضمونة ، وبدين خاص (وحكم المقيدة فى هذه الجملة) أعنى الأقسام الثلاثة (أن لايملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين

على نوعين : مقيدة ، ومطلقة . فالمقيدة على نوعين : أحدهما أن يقيدالمحيل الحوالة بالعين الذى له فى يد المحال عايه بالوديعة أو الغصب . والثانى أن يقيدها بالدين الذى له على المحال عايه . والمطلقة وهى أن يرسلها إرسالا لايقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له فى يده وإن كان له ذلك عليه أو فى يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له فى يده عين أيضا على نوعين حالة ومؤجلة . فالحالة هى أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف حالة فإنها تكون على المحال عليه كذلك لأنها لتحويل الدين من الأصيل فيتحول على الصفة التى على الأصيل والفرض أنها كانت على الأصيل حالة فكذا على المحال عليه ، وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصيل قبل الأداء لكنه يفعل به مافعل به كما تقدم فى الكفالة . والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصيل مؤجلا فيحيل مؤجلا على المحال عليه بذلك الأجل فإن المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الأجل ، لأنه قبلها كذلك. إذا عرف هذا. فقوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التى فى يد المحال عليه وديعة ، وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه ، وذلك لوجهين : أحدهما أن الأداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لايصعب عليه الأداء فكان أقدر . والثانى أن الوديعة حاصلة بعينها لاتحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج إليه ، وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين ، فلأن تكون جائزة بالعين أجدر ، فإن هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه ، وليس للمحال شىء عليه لتقيدها بها : أى لتقيد الحوالة بالوديعة لأنه ما التزم الأداء إلا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين . وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الألف مغصوبا عند المحال عليه ، وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة ، وأنها إذا هلكت لايبرأ الغاصب لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا إلى خلف ، وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما . وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمديون على آخر كذلك وأحال المديون الطالب بدينه على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التى للمطلوب عليه فإنها جائزة ، وحكم الحوالة المقيدة فى هذه الجملة وهى الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا وبالدين أن لايملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذى قيدت الحوالة به بعدها لأنه تعلق به حق المحتال فإنه إنما رضى بنقل حقه إلى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للمحيل عايه أو بيده فتعلق به حق استيفائه ، وأخذ المحيل ذلك

(قوله والمطلقة ، إلى قوله : على نوعين حالة ومؤجلة) أقول : قوله والمطلقة مبتدأ ، وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول : قوله وقوله مبتدأ ، وقوله بيان لجوازها خبره .

لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقى له مطالبته فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال ؛

(لأن الحوالة) لما قيدت بها (تعلق حق الطالب به)وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز ؛ فلو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب فإنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لأنه يستحقه . ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر أنه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغى أن يختص المحتال بذلك الدين الذى أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وإن كان أى المحتال (أسوة الغرماء) فيه (بعد موت المحيل ، وهذا لأنه لو بقى) للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الأمر المعين (فيأخذه منه بطلت الحوالة و) الواقع (أنها حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه ، وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا أو عينا ، والفرق ما قدمناه أنه وإن كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص ، وإذا كان المحتال أسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه ، وهو ظاهر لتقيد الحوالة بذلك المقسم . هذا ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين أنه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح الإبراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه ، ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه . والفرق أن الهبة من أسباب الملك ، وكذا الإرث ، فملك المحتال عليه ما فى ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالأداء ، ولو أدى لا يرجع المحيل عليه ، فكذا إذا ملكه بالهبة ، بخلاف الإبراء فإنه فى الأصل موضوع الإسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما فى ذمته وإنما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقى دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه

يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذها . ولو دفعها المودع أو غيرها إلى المحيل ضمن لأنه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن ، فإن الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الأخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن . وقوله وإن كان أسوة للغرماء إشارة إلى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا فى عدم بقاء حكم الأخذ للمحيل والراهن ، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذى له بيد المحال عليه أو الدين الذى عليه فالمحال أسوة الغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله ، وهو القياس لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذه فى حال حياته فكذا بعد وفاته ، ولأن المحال كان أسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه فى صحته وحق الغرماء لم يتعلق فى صحته فيقدم المحال على غيره كالمرتهن . قلنا : العين الذى بيد المحال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ، ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك وإنما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء ، وأما المرتهن فإنه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل ، وتقريره ما ذكرناه آنفا ، وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وأنها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لأن الضمير للشأن لا تعلق لحق المحال به : أى بما عند المحال عليه أو عليه ، بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفى الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة ، وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدى دين المحال من الوديعة والغصب ، وللمحيل

بخلاف المطلقة لأنه لاتعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده . قال (ويكره السفاتج وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به « وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جزء نفعا » .

(وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لايملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين . والحاصل أن الحوالة قسمان ، مقيدة كما ذكرنا ، ومطلقة . وهى أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالألف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذى لى عليه ، فإذا أحال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة أومغصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لأنه) أى الشأن (لاتعلق لحق المحتال به) أى بذلك العين أو الدين لوقوعها مطاقة عنه (بل بذمة المحتال عليه) وفى الذمة سعة (فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لاتبطل الحوالة) وما عليه يرجع إلى الدين أو الغصب أو عنده يرجع إلى الوديعة . ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شىء . وتنقسم المطلقة إلى حالة ومؤجلة . فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهى على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التى هى على الأصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الأصيل قبل أن يؤدى ، ولكن له إذا لوزم أن يلازمه ، وإذا حبس أن يحبسه . والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف إلى سنة فأحال الطالب عليه إلى سنة كانت عليه إلى سنة ؛ ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد ، وقالوا : ينبغى أن تثبت مؤجلة كما فى الكفالة لأنه تحمل ما على الأصيل بأى صفة كان ، فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه ، لأن حلول الأجل فى حق الأصيل لاستغنائه عن الأجل بموته ، ولا يتأتى ذلك فى حق المحال عليه لأنه حى محتاج إلى الأجل ، ولو حل عليه إنما يحل بناء على حلوله على الأصيل فلا وجه له لأن الأصيل برئ عن الدين فى أحكام الدنيا والتحق بالأجانب ؛ ولو مات المحال عليه قبل الأجل والمحيل حىّ حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته ، فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله لأن الأجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما فى ضمنها وهو سقوط الأجل ، كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل لأن سقوط الأجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاتج) جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشىء المحكم ، سمى هذا القرض به لإحكام أمره . وصورته أن يدفع فى بلدة إلى مسافر قرضا ليدفعه إلى صديقه أو وكيله مثلا فى بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جرّ نفعا ، رواه الحرث بن أبى أسامة فى مسنده عن حفص بن حمزة ، أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمدانى قال : سمعت عليا رضى الله عنه يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل قرض جرّ نفعا

أن يأخذ هما مع بقاء الحوالة كما كانت . قال (وتكره السفاتج الخ) السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسى معرّب ، أصله سفته يقال للشىء المحكم ، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره . وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه ، وقيل هو أن يقرض إنسانا مالا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق ، وهو نوع نفع استفيد بالقرض ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرّ نفعا . وقيل : هذا إذا كانت المنفعة مشروطة ؛ وأما إذا لم تكن فلا بأس بذلك . ثم قيل : إنما أورد هذه المسئلة فى هذا الموضع لأنها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة فإنها معاملة أيضا فى الديون ، والله أعلم .

(قوله ثم قيل) أقول : القائل صاحب النهاية .

(كتاب أدب القاضى)

فهو ربا » وهو مضعف بسوار بن مصعب ، قال عبد الحق : متروك ، وكذا قال غيره . ورواه أبو الجهم فى جزئه المعروف عن سوار أيضا . وأخرج ابن عدى فى الكامل عن جابر بن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « السفتجات حرام » وأعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخارى والنسائى وابن معين ، وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات . وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء قال : كانوا يكرهون كل قرض جرّ منفعة . وفى الفتاوى الصغرى وغيرها : إن كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد ، ولو لم يكن مشروطا جاز . وصورة الشرط ما فى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لايجوز ، وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز ، وكذا لو قال اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه . وفى كفاية البيهقى : سفاتج التجار مكروهة ، ثم قال : إلا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس به ، كذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ؛ ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن مما له عليه لايكره إذا لم يكن مشروطا قالوا : إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر ، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا . والذى يحكى عن أبى حنيفة أنه لم يقعد فى ظل جدار غريمه فلا أصل له لأن ذلك لايكون انتفاعا بملكه ، كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا ، وإنما أورد القدورى هذه المسئلة هنا لأنها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة ، والله أعلم .

(كتاب أدب القاضى)

لما كان أكثر المنازعات فى الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء . والأدب الخصال الحميدة والقاضى محتاج إليها فأفادها ، وهو أن ذكر ماينبغى للقاضى أن يفعله ويكون عليه ؛ وسميت الخصال الحميدة أدبا لأنها تدعو إلى الخير ، والأدب فى الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع

(كتاب أدب القاضى)

لما كان أكثر المنازعات يقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى ، والقاضى يحتاج إلى خصال حميدة يصلح بها للقضاء ، وهذا الكتاب لبيان ذلك . والأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة للذلك يتخرج بها الإنسان فى فضيلة من الفضائل قاله أبو زيد . ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه

(كتاب أدب القاضى)

قال فى لطائف الإشارات فى كتاب الرجوع من شهادة الكافى : القاضى بتأخير الحكم آثم وعزل وعزر انتهى . قال الإمام السرخسى فى مبسوطه : وإن طمع القاضى أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضى الله تعالى عنه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن . وفى رواية : ردوا الخصوم من ذوى الأرحام ولا ينبغى له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين إن طمع فى الصلح ، لأن فى الزيادة على ذلك إضرارا لصاحب الحق ، وإن لم يطمع فى الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو فى سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم ، وإنما الواجب عليه ماقلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك (قوله لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول : ماذكره يقتضى إيراده عقيب كتاب الدعوى . وأيضا كان ينبغى أن يبين وجه

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة

والدعاء ، وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك ، يقال منه أدب زيد يأدب أدبا بوزن ضرب يضرب ضربا إذا دعاك إلى طعامه فهو آدب ، والمأدبة الطعام المصنوع المدعو إليه ، ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل :

ورثوا السؤدد عن آبائهم ثم سادوا سؤددا غير زمر
نحن في المشتاة ندعو الجفلى لاترى الآدب فينا ينتقر

ومنه ماذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود : إن هذا القرآن مأدبة الله ، فمن دخل فيه فهو آمن . وروى عنه أيضا مأدبة الله فتعلموا من مأدبته ، بفتح الدال : أدى تأبيه ، وكان الأحمر يجعلهما لغتين . قال أبو عبيد : لم أسمع أحدا يقول هذا غيره . وأما القضاء فقال ابن قتيبة : يستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر : يعني بإكماله . وفي الشرع يراد به الإلزام ، ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس . وأما وصف القضاء ففرض كفاية ، فلو امتنع الكل أثموا هذا إذا كان السلطان لايفصل بنفسه ، فإن فعل لم يأثموا كما في البزازية ، وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لأنه لابد من إيصال الحقوق إلى أربابها بإلزام المانعين منها ، ولا يكون ذلك إلا بالقضاء ، وقد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى ـ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ـ وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى ـ فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى ـ وبعث صلى الله عليه وسلم « عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال له : بم تقضي ؟ فقال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ، قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ، قال : أجتهد برأيي فأقره » وعليه إجماع المسلمين (قوله لاتصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدوري . وذكر المولى على لفظ المفعول للإشعار بأنه ألقي عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الأولى (أما الأول) وهو أنه لابد أن يكون من أهل الشهادة (فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة

ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمدا صلوات الله عليهم أجمعين ، قال الله تعالى ـ إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون ـ وقال ـ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ـ قال (ولا تصح ولاية القاضي الخ) لاتصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول ، واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أن القاضي ينبغي أن يكون قاضيا بتولية غيره لابطلبه التولية شرائط الشهادة من الإسلام والحرية والعقل والبلوغ ، ويكون : أي المولى من أهل الاجتهاد . أما الأول : يعني اشتراط شرائط الشهادة فلأن حكم القضاء يستقى : أي يستفاد من حكم الشهادة

التأخير عن الكتاب اللى قبله على ما هو دأبهم (قوله قال الله تعالى ـ إنا أنزلنا التوراة ـ الخ) أقول : ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به (قال المصنف : حتى يجتمع في المولى) أقول : قال في الكفاية : المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلبه وهو الأولى للقاضي على مايجيء إن شاء الله تعالى انتهى . و في وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق عليه المولى و إن طلبه (قوله لابطلبه التولية) أقول : كما يدل عليه صيغة التفعل فإنها للتكليف الذي يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول: أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين ، وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى .

لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء ، والفاسق أهل للقضاء حتى لوقلد يصح ، إلاأنه لاينبغى أن يقلد كما فى حكم الشهادة فإنه لاينبغى أن يقبل القاضى شهادته ،

يستمد من أمر واحد هوشروط الشهادة من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا فى قذف ، والكمال فيه أن يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة .

[فرع] قلد عبد فعتق جاز أن يقضى بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد، كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق ، كذا فى الخلاصة فى أول كتاب القضاء . وذكر بعد ورقة : لو قلد قضاء مصر لصبى فأدرك ليس له أن يقضى بذلك الأمر ، ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد : هو على قضائه ، ولا يحتاج إلى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد . والفرق أن كلا منهما له ولاية وبه مانع ، وبالعتق والإسلام يرتفع ، أما الصبى فلا ولاية له أصلا. وما فى الفصول : لو قال لصبى أوكافر إذا أدركت فصلّ بالناس أو اقض بينهم جاز لايخالف ماذكر فى الصبىّ ، لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معلوم قبل الشرط ، وما تقدم تنجيز ، وإذا لم تصح ولاية الصبى قاضيا لايصح سلطانا ، فما فى زماننا من تولية ابن صغير للسلطان إذا مات فقد سئله فى فتاوى النسفى وصرح بعدم ولايته وقال : ينبغى أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا ، وتقليد القضاء منه غير أنه يعدّ نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان فى الحقيقة انتهى . ومقتضى هذا أنه يحتاج إلى تجديد بعد بلوغه ، وهذا لايكون إلا إن عزل ذلك الوالى العظيم نفسه من السلطنة ، وذلك أن السلطان لاينعزل إلا بعزله نفسه وهذا غير واقع . واما الذكورة فليست بشرط إلا للقضاء فى الحدود والدماء فتقضى المرأة فى كل شىء إلا فيهما . وقد اختلف فى قضاء الفاسق ، فأكثر الأئمة على أنه لاتصح ولايته كالشافعى وغيره كما لاتقبل شهادته . وعن علمائنا الثلاثة فى النوادر مثله ، لكن الغزالى قال : اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلوّ العصر عن المجتهد والعدل ، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه السلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا فاسقا ، وهو ظاهر المذهب عندنا ، فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لاينبغى أن يقلد . والحاصل أنه إن كان فى الرعية عدل عالم لايحل تولية من ليس كذلك ، ولو ولى صح على مثال شهادة الفاسق لايحل قبولها ، وإن قبل نفذ الحكم بها ، وفى غير موضع ذكر الأولوية : يعنى الأولى أن لاتقبل شهادته ، وإن قبل جاز . ومقتضى الدليل أن

لأن كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهى تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى ، وكل مايستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لأن ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها ، وربما لوّح المصنف بقوله فيستقى استعارة للاستفادة إلى ذلك ، وعلى

(قوله لأن كل واحد الخ) أقول : فى دلالته على الصغرى كلام يندفع بما فى النهاية من اعتبار الأشهرية . قال فى النهاية : هذا من قبيل بيان حكم المرجع : أى مرجعهما إلى أصل واحد ، وهو أن يكون القاضى حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا كما فى الشهادة ، لا أن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة ، لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس ، يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ، ولأن أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكمال الشىء لايكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلا لأهلية القضاء بهذا ولأن الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لأن ولاية القضاء الخ) أقول : هذا الدليل لايثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكمل من ولاية الشهادة) أقول : إذ به يقطع النزاع (قوله أو مترتبة عليها كانت أولى الخ) أقول : فى ثبوت الأولوية فى صورة الترتيب بحث كما لايخفى . لايقال : إن القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بها يكون شرط الشهادة شرطا لها .

ولو قبل جاز عندنا ، ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لاينعزل ويستحق العزل، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله .

لايحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية فولى (ففسق) وجار (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لاينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره فى الفصول . وقيل إذا ولى عدلا ثم فسق انعزل لأن عدالته فى معنى المشروطة فى ولايته ، لأنه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها ، ولا شك أنه لو لزم ذلك انعزل فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها ، وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم ، والإضافة كأن يقول : جعلتك قاضيا فى رأس الشهر ، ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا إلا فى قضية فلان أو لا تنظر فى قضية كذا ، لكن لايلزم ذلك إذ لايلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل . وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء ، وفى الابتداء يجوز ولاية الفاسق ، فى البقاء لاينعزل . واتفقوا فى الإمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة . ثم الدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث إلى مؤتة وأمّر عليهم زيد بن حارثة « إن قتل زيد فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة » وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازى . ثم الرشوة أربعة أقسام : منها ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لايصير قاضيا . الثانى ارتشاء القاضى ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لاينفذ قضاؤه فى تلك الواقعة التى ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل . أما فى الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه . وأما فى الباطل فأظهر . وحكى فى الفصول فى نفاذ قضاء القاضى فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال : لاينفذ فيما ارتشى فيه ، وينفذ فيما سواه . وهو اختيار شمس الأئمة ، لاينفذ فيهما ، ينفذ فيهما ، وهو ماذكر البزدوى ، وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لايوجب العزل

هذا كل ماكان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لأهليته للشهادة ، حتى لو قلد جاز ، إلا أنه لاينبغى أن يقلد لأنه لايؤتمن فى أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما فى حكم الشهادة فإنه لاينبغى أن يقبل القاضى شهادته ، ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا إلى أهل ذلك العصر الذى شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية ، وإلى ظاهر حال المسلم فى غيرهم ، ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهى معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لاينعزل إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطى المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الأمر ، وهذا يقتضى نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفى غيره مالم يعزل ، وإليه أشار الإمام البزدوى . وقوله وهذا إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب . وروى عن الكرخى أنه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوى وعلى الرازى صاحب أبى يوسف ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك وإلى ماتقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فإن اختيار الطحاوى أن الفاسق إذا قلد القضاء لايصير قاضيا ، والأول أظهر لقوله

بالطريق الأولى لكونه مشروطا بتلك الشرط لأنه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز ، إلى قوله : فى غيرهم) أقول : فيه أن ماذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل . نعم يدل على عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فإنه لايصح أن يكون ماذكره مبنى لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضى نفوذ أحكامه الخ) أقول : مسلم كما لايخفى فإن قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون مافعله قضاء (قوله وهذا إشارة إلى أن استحقاق الخ) أقول : الظاهر إسقاط أن فى قوله إلى أن الخ ، ثم أقول : وعلى الأول تدل عبارة الكافى حيث قال : ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لاينعزل ويستحق العزل فى ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك) أقول : بتأويل ما ذكر (قوله والأول أظهر لقوله الخ).

وقال الشافعى رحمه الله : الفاسق لايجوز قضاؤه كما لاتقبل شهادته عنده ، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله فى النوادر أنه لايجوز قضاؤه . وقال بعض المشايخ رحمهم الله : إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها ، وهل يصلح الفاسق مفتيا ؟ قيل لا لأنه من أمور الدين

فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر ، وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعنى والقضاء عمل الله تعالى وارتشاء القاضى أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان بعلمه ، ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يقضى ثم يرتشى ، وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعى ليقضى لاينفذ قضاء الثانى ، لأن الأول عمل فى هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وإن كان كتب إلى الثانى ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب إليه ، والذى قلد بواسطة الشفعاء كالذى قلد احتسابا فى أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لايحل طلب الولاية بالشفعاء . الثالث أخذ المال ليسوّى أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع ، وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوما إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله فى الذهاب إلى السلطان للأمر الفلانى . وفى الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال : حلال من الجانبين كالإهداء للتودد ، وحرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم ، حلال من جانب المهدى حرام على الآخذ وهو أن يهدى ليكفّ عنه الظلم . والحيلة أن يستأجره الخ ، قال : هذا إذا كان فيه شرط ، أما إذا كان الإهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى إليه ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به ، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به ، وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع . الرابع مايدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخذ ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لأنه من أمور الدين) وقد

(وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله فى النوادر أنه لايجوز قضاؤه ، وهو قول الشافعى فإنه لايجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص ، فإن الأعمال من الإيمان عنده ، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض المشايخ إنه إذا قلد الفاسق يصح ، ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لأن المقلد اعتمد عدالته فى تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفى بانتفائها . واعترض بأن قول الفقهاء البقاء أسهل من الابتداء ينافى جواز التقليد مع الفسق ابتداء ، والعزل بالفسق الطارئ ، والأول ثابت لأنه من مسلّمات هذا الفن ينبنى عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها ، وجواز الشيوع فى الهبة بقاء لا ابتداء ، فينتفى الثانى وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ . والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقا بالشرط ، فإن تعليق القضاء والإمارة بالشرط جائز بدليل ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمّر عليهم زيد بن حارثة ثم قال : إن قتل زيد فجعفر أميركم ، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم » وكذلك تعليق عزل القاضى بالشرط جائز

أقول : وفيه تأمل لخفاء دلالة ماذكره على الأظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول : فيه بحث (قوله والأول ثابت) أقول : يعنى قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول : يعنى امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشيوع فى الهبة الخ) أقول : كما إذا رجع الواهب فى البعض الشائع أو استحق البعض الشائع .

وخبره غير مقبول فى الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد كل الجهد فى إصابة الحق حذار النسبة إلى الخطإ ، وأما الثانى فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية .

ظهرت خيانته للدين (وقيل يستفتى لأنه يجتهد كل الجهد حذار أن ينسبه فقهاء عصره إلى الخطإ ، وأما الثانى) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطا للولاية بل للأولوية ، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعى) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد فى الأصل ، أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه . قالوا : القضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم. قلنا : يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو إيصال الحق إلى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع ، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد ، فإنه لا قطع فى مسائل الفقه ، وإذا قضى بقبول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب ، وكون معاذ قال : أجتهد برأيى لا يلزمه اشتراطه ، وإنما لم يذكر معاذ الإجماع لأنه لم يكن حجة فى زمنه صلى الله عليه وسلم . وقد قدمنا أيضا عن الغزالى توجيه خلافه فيقلد فى هذا الزمان . فى بعض نسخ الهداية : الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبى صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشىء ، فإنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدى الله قلبه ويثبت لسانه . فإن كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال ، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد ، وهذا غير ثابت فى غيره ، وسنذكر سند حديث علىّ رضى الله عنه . واعلم أن ما ذكر فى القاضى ذكر فى المفتى فلا يفتى إلا المجتهد ، وقد استقر رأى الأصوليين على أن المفتى هو المجتهد ، وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت ، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبى حنيفة على جهة الحكاية ، فعرف أن ما يكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى ، بل هو نقل كلام المفتى ليأخذ به المستفتى ، وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند إليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدى نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور ، وشهد هكذا ذكر الرازى فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر فى زماننا لا يحل عزو ما فيها إلى محمد ولا إلى أبى يوسف لأنها لم تشتهر فى عصرنا فى ديارنا ولم تتداول . نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلا فى كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب ،

ذكره فى باب موت الخليفة من شرح أدب القاضى ، والمعلق بالشرط ينتفى بانتفائه . والفرق بين القضاء والإمامة والإمارة فى أن الإمام أو الأمير إذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الإمامة . والإمارة أن مبنى الإمارة على السلطنة والقهر والغلبة ؛ ألا ترى أن من الأمراء من قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الأعمال منه وصلوا خلفه . وأما مبنى القضاء فإنه على العدالة والأمانة ، وإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة (والفاسق هل يصلح مفتيا ؟ قيل لا لأنه من أمور الدين ، والفاسق لا يؤتمن عليها ، وقيل يصلح لأنه يخاف أن ينسب إلى الخطإ فلا يترك الصواب . وأما الثانى) يعنى اشتراط الاجتهاد للقضاء . فإن لفظ القدورى يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه فى سياق لا يصح ، وقد ذكر محمد فى الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ، لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية)قال الخصاف : القاضى يقضى باجتهاده نفسه إذا كان له رأى وإن لم يكن له رأى

(قوله وأما مبنى القضاء الخ) أقول : إذا كان عدلا وقت التقليد .

فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ، وهويقول : إن الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العلم . ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه .

فلو كان حافظا للأقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتى به ، بل يحكيها للمستفتى فيختار المستفتى ما يقع فى قلبه أنه الأصوب ذكره فى بعض الجوامع . وعندى أنه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكى قولا منها فإن المقلد له أن يقلد أىّ مجتهد شاء ، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود ، نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبوحنيفة حكم هذا كذا ، نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع فى قلبه أنه الأصوب أولى . والعامى لا عبرة بما يقع فى قلبه من صواب الحكم وخطئه ، وعلى هذا إذا استفتى فقيهين : أعنى مجتهدين فاختلفا عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما . وعندى أنه لو أخذ بقول الذى لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعدمه سواء ، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ . وقالوا المنتقل من مذهب إلى مذهب آخر باجتهاد و برهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد و برهان أولى ، ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرى و تحكيم القلب لأن العامى ليس له اجتهاد . ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق فى حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به ، وإلا فقوله قلدت أباحنيفة فيما أفتى من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الإجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به ، لأنه التزم أن

وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لأنه ذكره فى مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة إلى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ، ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله (خلافا للشافعى) فإنه علل له بقوله (إن الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحرى ، فإن الإنسان لا يصل إلى المقصود لتحرى غيره بالاتفاق ، فلو صلى بتحرى غيره لم يعتبر ذلك . والأول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لأن المقصود من القضاء هو أن يصل الحق إلى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره ، و يؤيده ماذكره أحمد بن حنبل رحمه الله فى مسنده عن علىّ رضى الله عنه قال « أنفذنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأنا حديث السن ، فقلت : تنفذنى إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لى بالقضاء ؟ فقال : إن الله تعالى سيهدى لسانك ويثبت قلبك ، فما شككت فى قضاء بين اثنين

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا الخ) أقول : فيه بحث ، فإن مقتضى التشبيه بالتحرى أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول : لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود : أعنى العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحرى) أقول : يعنى شبه المصنف على ما وجد فى بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحرى فإنه لا يصل بتحرى غيره (قوله فإنه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول : الكلام فى صحة ولاية المستمر على الجهل. (قوله فلا يلتفت إلى ما قيل الخ) أقول : وقد مر فى باب الإحرام من كتاب الحج .

وينبغى للمقلد أن يختارمن هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » .

يعمل بقول أبى حنيفة ، فيما يقع له من المسائل التى تتعين فى الوقائع . فإن أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بإلزامه نفسه ذلك قولا أو نية شرعا ، بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه لقوله تعالى ـ فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ـ والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة ، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به ، والغالب أن مثل هذه إلزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامى فى كل مسئلة بقول مجتهد قوله أخف عليه . وأنا لا أدرى ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه ، وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته ، والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله وينبغى للمقلد) وهو من له ولاية التقليد (أن يختارمن هو أقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال . ولا بأس للقاضى أن يأخذ وإن كان غنيا مثريا وإن احتسب فهو أفضل . والأصل فيه قوله تعالى فى مال اليتيم إذا عمل فيه الوصى ـ ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ـ وذكر عن عمر رضى الله عنه أنه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلى على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرغ نفسه للعمل للمسلمين ، فكانت كفايته وعياله عليهم . قالوا : وكان عمر رضى الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقلة عياله فى زمن عمر رضى الله عنه ، أو رخص السعر وكثرة عياله فى زمن على رضى الله عنه أو غلاء السعر ، فرزق القاضى لا يقدر بشىء لأنه ليس بأجر لأنه لا يحل على القضاء . وإنما يختار الأولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من استعمل رجلا على عصابة وفى تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وقال : صحيح الإسناد . وتعقب بحسين بن قيس فإنه ضعيف ، وضعفه العقيلى وقال : إنما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وأخرجه الطبرانى من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تولى من أمر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وروى أبو يعلى الموصلى فى مسنده عن حذيفة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن فى العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين » والذى له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة

بعد ذلك » فإنه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لأن عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد (نعم ينبغى للمقلد أن يختار الأقدر والأولى لقوله صلى الله عليه وسلم « من قلد إنسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ») وهو حديث ثبت بنقل العدول ، فلا يلتفت إلى ما قيل إنه خارج عن المدونات ،

وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه : وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة

وأطاق له التصرف ، وكذا الذى ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطاق له التصرف فإن له أن يولى ويعزل ، كذا قالوا . ولابد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب فى ديارنا يطلق لهم التصرف فى الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ، ولو ولى فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك إمضاء للقضاء ، والحرية شرط فى السلطان و فى التقليد بالأصالة لا بطريق النيابة ، فإن السلطان إذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضى جاز ، فإن نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله و فى حدّ الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه . وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة فى الفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الأول نسبته إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه ، وفى الثانى عكسه . ثم إن المصنف رتب على الأول كونه حينئذ يعرف معانى الآثار ، والمراد بمعانى الآثار المعانى التى هى مناطاة الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث ، وعلى الثانى سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان ، ولا شك فى ذلك لأنهما متضادان لأن كونه أدرى بالحديث من الفقه يضاد كونه أدرى بالفقه من الحديث ، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعا وهو تحرزه من القياس فى معارضة النص ومعرفة معانى الآثار ليتمكن من القياس . فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معانى الآثار ، ويمتنع عن القياس ، بخلاف النص . والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما ودلالتهما واقتضائهما و باقى الأقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطاة أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع فى القياس فى مقابلة الإجماع وأقوال الصحابة لأنه قد يقدمه على القياس فلا يقيس فى معارضة قول الصحابى ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لابد منه فى المجتهد ، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل الاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده فى طلب الظن بحكم

فإنه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل (قوله وفى حدّ الاجتهاد) إشارة إلى معنى الاجتهاد إجمالا ، فإن بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه فى التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين نيّر (وقيل أن يكون مع ذلك) أى مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أى طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب إلى المبادى ، ومنها إلى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سببا له من عرف أو عادة ، فإن من الأحكام ما يبتنى عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطى العجين

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) . أقول : قوله له خبر ، ويجوز أن يكون حالا وأن يكون صفة بل هو أولى . (قوله من عرف أو عادة) أقول : التخير فى التعبير (قوله وتعاطى العجين) أقول : أى استقراضه فإن القياس يأبى جوازه لعدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل فى كل منهما من الماء .

يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها . قال (ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدى فرضه) لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ، ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف .

شرعى عن هذه الأدلة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدى فرضه ، لأن الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف) أما أن الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف . وكذا على رضى الله عنهما لرواية أبى داود عن على قال « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا ، فقلت : يارسل الله ترسلنى وأنا حديث السن ولا علم لى بالقضاء ؟ فقال : إن الله سيهدى قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه حرى أن يتبين لك القضاء ، قال : فما زلت قاضيا أو ما شككت فى قضاء بعد » ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه والطيالسى والحاكم وقال : صحيح الإسناد ، وأخرجه ابن ماجه وفيه « فضرب صدرى وقال : اللهم أهد قلبه وثبت لسانه ، قال : فما شككت » الحديث ، وصححه أيضا الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس قال « بعث النبى صلى الله عليه وسلم عليا رضى الله عنه إلى اليمن فقال : علمهم الشرائع واقض بينهم » الحديث ، وصححه ثم قلد على شريحا الإمام . وأما أنه فرض كفاية فقد قلمناه ، غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا ؛ وعبارة لا بأس أكثر استعمالها فى المباح وما تركه أولى . وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف : أى الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع فى محظوره حينئذ وإن أمن أبيح رخصة ، والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب . هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه ، وإن انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه ، إلا إن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك . وحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين » حسنه الترمذى ، وأخرجه ابن عدى فى الكامل من حديث ابن عباس . عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من استقضى فقد ذبح بغير سكين » وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوى له لحيته فبينما هو يحلق له تحت لحيته فى حلقومه إذ عطس القاضى فألقى الموسى رأسه ، وقد جاء فى التحذير من القضاء آثار . وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات فى السجن وقال : البحر عميق فكيف أعبر بالسباحة ؟ فقال أبو يوسف : البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم ، فقال

وغير ذلك . قال (ولا بأس بالدخول فى القضاء الخ) ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أنه إذا تولاه وقام بما هو فريضة وهو الحق ، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء ، قال الله تعالى - ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق - وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم - إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس - فمن وثق بنفسه أنه يؤدى هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه : لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ، ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر . واعترض بأن الدخول فى فرض الكفاية إن لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما فى صلاة الجنازة وغيرها . وأجيب بأنه كذلك

(قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : فيه تأمل .

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا بأس على نفسه الحيف فيه) كي لايصير شرطا لمباشرته القبيح ، وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام « من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين »

أبو حنيفة : كأنى بك قاضيا . وقول أبى حنيفة كقول أبى قلابة : ماوجدت القاضى إلا كسابح فى بحر فكم يسبح حتى يغرق . وكان دعى للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها ، فهرب حتى أتى اليمامة . واجتنبه كثير من السلف . وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما أو نيفا وأربعين يوما ليتقلده . وقد أخرج مسلم عن أبى ذرّ رضى الله عنه أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال له : « يا أبا ذرّ إنى أحبّ لك ما أحب لنفسى ، لاتأمرنّ على اثنين ولاتو لين مال اليتيم » وأخرج أبو داود عن أبى بريدة عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « القضاة ثلاثة : اثنان فى النار ، وواحد فى الجنة : رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض وجار فى الحكم فهو فى النار ، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو فى النار » وفى صحيح ابن حبان عن عائشة رضى الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « يدعى بالقاضى العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب مايتمنى أنه لم يقض بين اثنين فى عمره » وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من ولى عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يداه إلى عنقه ، فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش فى حكمه ولم يحف فك الله عنه غله ، وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى فى حكمه وحاف فيه شدت يساره إلى يمينه ثم رمى به فى جهنم » وروى النسائى عن مكحول : لو خيّرت بين ضرب عنقى وبين القضاء لاخترت ضرب عنقى . وأخرج ابن سعد فى الطبقات قال : استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء ، فقال : أتهنوننى بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن أبين . وأما مافى البخارى سبعة « يظلهم الله فى ظله يوم لاظل إلا ظله : إمام عادل » فلا ينافى مجيئه أوّلا مغلولة يده إلى

إلا أن فيه خطر الوقوع فى المحظور فكان به بأس . قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لايصير الدخول فيه شرطا : أى وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف فى القضاء ، وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر مايقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا ، وفى الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل أن يقول لى على فلان أو له علىّ مطالبة بكذا فإن قضيت لى فلك كذا ، وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا أنفسهم أو خافوا عليها ، وفسر الكراهة هاهنا بعدم الجواز . قال الصدر الشهيد فى أدب القاضى : ومنهم من قال لايجوز الدخول فيه إلا مكرها ؛ ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب فى كل مرة ثلاثين سوطا ، فلما كان فى المرة الثالثة قال : حتى أستشير أصحابى ، فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف : لو تقلدت لنفعت الناس ، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال : أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأنى بك قاضيا ، وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس

(قوله فكان به بأس) أقول : سبق من الشارح فى أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لابأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه (قوله كى لايصير الدخول فيه شرطا أى وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول : فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح على ماذكره ليس بالدخول فى القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أبا حنيفة الخ)

والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا فى إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعينه عليه غيره ، ولابد من الإعانة إلا إذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد . قال (وينبغى أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده » ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم .

عنقه إلى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى فى ظله فلا يعارض (قوله وينبغى أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم « من طلب القضاء وكل إلى نفسه » الخ) أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه من حديث أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سأل القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده » ولفظ أبى داود « من طلب القضاء واستعان عليه » وأخرجه الترمذى أيضا عن أنس مرفوعا « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه ، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده » وقال : حسن غريب ، وهو أصح من حديث إسرائيل يريد سند الأول ، وأصح من الكل حديث البخارى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ياعبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسئلة وكلت إليها ، وإن أوتيتها من غير مسئلة أعنت عليها » وإذا كان طلب الولاية أن يوكل إلى نفسه وجب أن لا يحل لأنه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لأنه محذور

فاضطر ثم تقلد . واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين» رواه أبو هريرة رضى الله عنه . وذكر الصدر الشهيد فى أدب القاضى وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال : لأن السكين تؤثر فى الظاهر والباطن جميعا ، والذبح بغير سكين يؤثر فى الباطن بإزهاق الروح ولا يؤثر فى الظاهر ، ووبال القضاء لا يؤثر فى الظاهر فإن ظاهره جاه وعظمة لكن فى باطنه هلاك . وكان شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله يقول : لا ينبغى لأحد أن يزدرى هذا اللفظ كى لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضى ، فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه وقال : كيف يكون هذا ، ثم دعا فى مجلسه بمن يسوى شعره ، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه . ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا فى إقامة العدل) روى الحسن عن أبى يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال (الترك عزيمة لأنه قد يخطئ ظنه) فيما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهدا (أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة) إن كان غير مجتهد . وقال شمس الأئمة السرخسى فى شرح أدب القاضى للخصاف : دخل فى القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون ، وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لأنه يلتزم أن يقضى بحق ولا يدرى أيقدر على الوفاء به أو لا ، وفى ترك الدخول صيانة نفسه ، وهذا إذا كان فى البلد غيره من يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) فى حقهم (وإخلاء للعالم عن الفساد) فى الحدود والقصاص ، فإذا كان فى البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم وإلا فلا ، ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا فى الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى. قال (وينبغى أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغى أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه

أقول : فيه أن قصة أبى حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها ؛ ألا يرى أنه أكره عليه ولم يدخل (قال المصنف والصحيح الخ) أقول : فالحديث محمول على القاضى الجاهل أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المجتهد إذا أخطأ يثاب . وعندى الأصوب أن يقال فلعله يخطئه ظنه : أى ظنه قبل الدخول فى القضاء بأنه يقضى بالحق لعله يخطئ إذ ربما يظهر الطمع الكامن الذى كان غافلا وغير ذلك من النصب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف (قوله إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول : أى لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغى .

(ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته ، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق

(قوله ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته، والتابعين تقلدوا من الحجاج) هذا تصريح بجور معاوية ، والمراد في خروجه لا في أقضيته ، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولى القضاء قبل تسليم الحسن له ، وأما بعد تسليمه فلا ، ويسمى ذلك العام عام الجماعة ، واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام وبها مات ، وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فيمن يولى بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصاري فولاه الشام بعده . وقوله في نوبته : نوبة علي التي ذكرها المصنف هي كونه رابعا بعد عثمان ، وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض إنه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضي الله عنه ، وإنما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين . وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار « ستقتلك الفئة الباغية » وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة ، ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال : قالت رضي الله عنها لابن عمر : يا أبا عبد الرحمن مامنعك أن تنهاني عن مسيري ؟ قال : رأيت رجلا غلب عليك : يعني ابن الزبير ، فقالت : أما والله لو نهيتني ماخرجت . وأما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن أبي إسحاق قال : كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه . وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال : استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ، ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة أشهر . وفي تاريخ أصبهان للحافظ أبي نعيم عبد الله بن أبي مريم الأموي : ولى القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوسا بواسط ، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفي بها . وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء : طلحة بن عبد الله بن عوف أبو محمد الندى يقال له طلحة الندى بن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة ، وهو تابعي يروى عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكرة رضي الله عنهم . وقوله (إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله

لما روى أنس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام « من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده » وكل بالتخفيف : أي فوّض أمره إليها ، ومن فوّض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب لأن النفس أمّارة بالسوء ، لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه وأعجب فيحرم التوفيق ، وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالإكراه على مالا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ـ ومن يتوكل على الله فهو حسبه ـ فيلهم الرشد والتوفيق (قوله ثم يجوز التقلد) تفريع على مسئلة القدوري يتبين أنه لا فرق في جواز التقلد لأهله بين أن يكون المولى عادلا أو جائرا ، فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر ، وهذا لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنهما في نوبته ، دل على ذلك حديث عمار بن ياسر ، وإنما قيد بقوله (في نوبته) احترازا عما يقوله الروافض إن الحق مع علي رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين ، وليس الأمر كما قالوا ، بل أجمع الأمة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الإمامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق . وقوله (إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء)

(قوله احترازا عما يقوله الروافض) أقول : ويحتمل أن يكون احترازا عن خلافة معاوية استقلالا .

لأن المقصود لايحصل بالتقلد ، بخلاف ما إذا كان يمكنه . قال (ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضى الذى كان قبله) وهو الخرائط التى فيها السجلات وغيرها ، لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل فى يد من له ولاية القضاء . ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر ، وكذا إذا كان من مال الخصوم فى الصحيح

يجوز التقلد من السلطان الجائر (لأن المقصود لايحصل من التقلد) حينئذ وهو ظاهر. هذا وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة فى بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقرّوا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا أو يكون هو الذى يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم إماما يصلى بهم الجمعة .

[فروع فى العزل] للسلطان عزل القاضى بريبة وبلا ريبة ، ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله ، بخلاف ما إذا مات القاضى ينعزل نائبه. وكثير من المشايخ على أن النائب لاينعزل بعزل القاضى لأنه نائب للسلطان ، وينعزل القاضى بعزله نفسه إذا بلغ السلطان ، وما لم يبلغه لاينعزل كعزل الوكيل نفسه لاينعزل حتى يبلغ الموكل . وقيل لاينعزل القاضى بعزل نفسه لأن قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك إبطاله . وعن أبى يوسف : لاينعزل بعزل السلطان حتى يأتى قاض آخر صيانة لحقوق الناس ، ومثله وصى القاضى إذا عزل نفسه يشترط علم القاضى ، ويجوز تعليق العزل بالشرط . ومن صوره : إذا كتب الخليفة إليه إذا وصلك كتابى هذا فأنت معزول لاينعزل حتى يصل إليه الكتاب . ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشىء ، وينعزل خلفاء القاضى بموته ولا ينعزل أمراء الخليفة ، ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل ؟ الأول عن أبى يوسف لاينعزل . قال فى الخلاصة : وهو الأشبه . ولو شرط فى القضاء شرطا مثل أن لايمتثل أمر أحد فخالف انعزل . وعن أبى حنيفة لايترك القاضى على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا (قوله ومن قلد القضاء يسأل) أى أول ما يبدأ به من الأعمال . هذا وهو أن يسأل : أى يطلب من القاضى المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بأنه (الخرائط التى فيها السجلات وغيرها) من كتب الأوقاف وكتب نصب الأوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للأيتام وغيرهم مما اقتضاه الحال ، وإنما يطلبه (لأنها) إنما (وضعت) عند القاضى (لتكون حجة) ووثيقة محفوظة (عند) القاضى إذا وقعت (الحاجة) إلى الحجة ومعرفة الأحوال (فتجعل عند من له ولاية النظر) فى أمورهم وما كانت عند الأول إلا لأنه كذلك (ثم إن كان البياض) الذى كتب فيه القاضى ورقا أو رقا (من بيت المال فظاهر ، وكذا إذا كان من مال أرباب القضايا فى الصحيح لأنه رضى به)

استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر ، فإنه إذا كان لايمكنه من القضاء (لايحصل المقصود بالتقلد) فلا فائدة لتقلده (بخلاف ما إذا كان يمكنه) قال (ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضى الذى كان قبله الخ) من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضى الذى كان قبله ، والديوان هو الخرائط التى فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الأوصياء وتقدير النفقات لأنها : أى السجلات وغيرها إنما وضعت فى الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل فى يد من له ولاية القضاء وإلا لا تفيد ، وسماها حجة وإن لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لأنها تئول إليها بالتذكير . ثم البياض : أى الذى كتب فيه الحادثة ورقا كان أو رقا لايخلو عن أمور ثلاثة : إما أن يكون من بيت المال ، أو من مال الخصوم ، أو من مال القاضى الأول ؛ فإن كان الأول فوجه تسليم القاضى إياه ظاهر ، وكذا إذا كان من مال الخصوم فى الصحيح

(قوله وإلا لاتفيد) أقول : يعنى فائدتها المطلوبة منها (قوله لأنها تئول إليها بالتذكير) أقول : لم يذكر البينة لأن الحجة عند قيام

لأنهم وضعوها فى يده لعمله وقد انتقل إلى المولى ، وكذا إذا كان من مال القاضى هو الصحيح لأنه اتخذه تدينا لا تمولا ، ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ، ويجعلان كل نوع منها فى خريطة كى لا يشتبه على المولى ، وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام .

لأنه للقاضى لا لأنه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (إلى) القاضى (المولى وإن كان ملك القاضى فكذلك فى الصحيح لأنه اتخذه تدينا) ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لا تمولا ، ويبعث) المولى (اثنين) أو واحدا مأمونا (ليقبضاها بحضرة المعزول أو) من (أمينه ويسألان) أعنى الأمينين (المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع فى خريطة) مثلا الصكوك فى خريطة والنفقات فى خريطة وكتب الأوقاف فى خريطة ليكون أسهل للتناول ، بخلاف ما إذا خاط الكل فإن فى الكشف عنه حينئذ عسرا شديدا ، وفى عرف ديارنا ليس عند القاضى صكوك الناس ولا كتب أوقافهم ، بل إذا كان القاضى هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضى فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل ، ثم إذا قبضاه ختماعليه خوفا من طرو التغيير . وأما ماقيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة ، فإن كتب الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور

لأنهم وضعوها فى يده لعمله ، وقد انتقل إلى المولى ، وكذا إن كان من مال القاضى هو الصحيح لأنه اتخذه تدينا لا تمولا . وقوله فى الصحيح فى الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ إن البياض إذا كان من مال الخصوم أو مال القاضى لا يجبر المعزول على دفعه لأنه ملكه أو وهب له ، ولكن الصحيح فيهما ما ذكر (قوله ويبعث أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المتولى رجلين من ثقاته وهو أحوط ، والواحد يكفى (فيقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة كى لا يشتبه على المولى) وهذا لأن السجلات وغيرها لما كانت موضوعة فى الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه مايحتاج إليه وقت الطلب ، وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك ، فإن تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل إلى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك (وهذا السؤال) أى سؤال المعزول (لكشف الحال لا للإلزام) فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ، ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة . قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثانى بعن وهنا ليس كذلك . وأجيب بأن المفعول الثانى محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها . وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه : أى يسألان شيئا فشيئا عنها ، وليس بشىء لأن الكلام فى الثانى كالكلام فى الأول ، والأولى

البينة هى البينة لا الكتاب الشرعى ، بخلاف صورة التذكير فإنه لما كان سببا التذكر الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل ، فإن فى عبارة تئول إليها نوع مهوعما قلنا ، ولكن الأمر سهل . بقى هاهنا بحث لأن الحجة بالتذكر إنما تكون بالنسبة إلى القاضى الذى وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة فى تسليم القاضى الجديد إياها (قوله لأنه ملكه أو وهب له) أقول : لو اقتصر على قوله لأنه ملكه لانتظم الصورتين ، وإنما ذكر قوله أو وهب له تنبيها على طريق تملكه إذ ربما يخفى على بعض الأفهام فتأمل . ثم قوله لأنه ملكه : أى فى الثانى وقوله أو وهب له : أى فى الأول (قوله وهذا السؤال : أى سؤال المعزول) أقول : أو سؤال أمينه فالسؤال هاهنا مضاف إلى مفعوله (قوله قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول : ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء : أى يستعطيان القاضى المعزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعده مثلا يستعطيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك ، وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال : أى الاستعطاء على هذا الوجه ، ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضى فافهم (قوله شيئا فشيئا منصوب) أقول : يعنى منصوب على المفعولية .

قال (وينظر فى حال المحبوسين) لأنه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر فى أمره) لأن فعل القاضى المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كى لا يؤدى إلى إبطال حق الغير .

والحوانيت محدودة (قوله وينظر فى حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضى ناظر فى أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ، ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم ، وثبوته عند الأول ليس حجة يعتمدها الثانى فى حبس هؤلاء ، لأن قول الأول لم يبق حجة (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) ورده إلى السجن إلا أن يبلغ المقدار الذى يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال ، وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضى يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة ، فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلا وأطلقهم حتى ينظر فى حالهم ، فإن ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضى المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحق) بواحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجبة للعمل (لاسيما) وهى (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعى ومالك . وقال أحمد : يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع ، وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضا إلا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما وجب حبسه (لا يعجل) باطلاقه (لأن فعل القاضى ظاهرا) ما كان إلا (بحق) فيحتاط لخصمه الغائب

أن يجعل حالا بمعنى مفصلا كما فى قوله تبينت له حسابه بابا بابا . قال (وينظر المولى فى حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظرا) لأمور المسلمين ، وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) وحبسه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار ولى الواجد يحل عرضه وعقوبته : أى حبسه (ومن أنكر) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا ، وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البينة بالحق والقاضى يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة ، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وإن لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه) أياما إذا جلس يقول المنادى إن القاضى يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلانى خصمه فليحضر ، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضى أن يطلقه ، فإن لم يحضر لرجل منهم خصم أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر أمره كى لا يؤدى إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر . والفرق لأبى حنيفة رحمه الله فى أخذ الكفيل هنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجىء أن فى مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفى ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمر موهوم .

(قوله لأن الإقرار ولى الواجد يحل عرضه الخ) أقول : قال صاحب البدائع : قال النبى عليه الصلاة والسلام « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » انتهى . فإن قيل : من أين علم أنه واجد . قلنا : من حبس القاضى المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يساره لم يحبسه . (قال المصنف : لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة) أقول : فيه تسامح لظهور أن الحجة هى البينة لا قول المعزول (قوله فإن لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول : يعنى بعد النداء (قوله على ما سيجىء) أقول : فى فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب .

(وينظر فى الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ماتقوم به البينة أويعترف به من هو فى يده) لأن كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (إلا أن يعترف الذى هو فى يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها) لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضى فيصح إقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال ، إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ثم أقرّ بتسليم القاضى فيسلم ما فى يده إلى المقرّ له الأول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضى بإقراره الثانى ويسلم إلى المقرّ له من جهة القاضى .

فينادى عليه ، وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس مناديا ينادى فى محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت إلى القاضى يفعل ذلك أياما ، فإذا حضر وادّعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهما ، وإن لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه إذ لعله محبوس بحق لغائب ، وأمارته أنه فى حبس قاض ، والظاهر أنه بحق ، فإن قال لا كفيل لى وأبى أن يعطى كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادى شهرا فإن لم يحضر أحد أطلقه . وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما . أما على قول أبى حنيفة فلا كما قال فى أصحاب الميراث إذا اقتسموا على ماسيأتى ، والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق . والفرق لأبى حنيفة أن المال ظاهرا حق لهذا الوارث ، وفى ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه إلى زمان حصول الكفيل لأمر موهوم ، وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضى بحق ولكنه مجهول ، فليس أخذ الكفيل لموهوم ، ولو قيل فبالنظر إلى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله إنى مظلوم حتى تمضى مدة يطاق فيها مدعى الإعسار كان جيدا (قوله وينظر فى الودائع وارتفاع الأوقاف) الكائنة تحت أيدى أمناء القاضى ، والذى فى ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدى جماعة يوليهم القاضى النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذى يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ماتقوم به البينة) أنه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذى هو فى يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هى فى يده إذا أنكر وقال هى لى إلا ببينة (لما بينا) أنه التحق بواحد من الرعايا ، بخلاف القاضى لأنه هو المخصوص بأن يكتفى بقوله فى الإلزام حتى أن الخليفة الذى قلد القاضى لو أخبر القاضى أنه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر ، والواحد لا يقبل قوله (إلا أن يعترف الذى فى يده أن) القاضى (المعزول سلمها إليه فحينئذ إما

وأما هاهنا فإن الحق للغائب ثابت بيقين نظرا إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمر موهوم وقيل أخذ الكفيل هاهنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج إلى فرق . وذكر فى المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل هاهنا بالاتفاق ، فالفرق المذكور يكون محتاجا إليه ، وإن قال : لا كفيل لى أو لا أعطى كفيلا ، فإنه لم يجب علىّ شىء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطا ، فإذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى فى الودائع وارتفاع الوقوف) لأنه نصب ناظرا فى أمور الناس (فيعمل فى المذكور على) حسب (ماتقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده) لأنه لا بد لعمله من حجة (وكل ذلك حجة ، ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذواليد أن المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول ، لأنه بإقرار ذى اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح إقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عيانا صح إقراره به ، فكذا إذا كان بيد مودعه لأن يد المودع كيد المودع (إلا إذا بدأ ذواليد بالإقرار لغيره من أقرّ له القاضى فإنه يسلم إلى المقر له الأول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضى بإقراره الثانى ويسلم إلى المقر له من جهة القاضى) والحاصل أن هذه المسئلة على

(قوله فإن الحق للغائب ثابت بيقين) أقول : إطلاق اليقين على ما ثبت نظرا إلى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته القاضى بإقراره الثانى ويسلم إلى المقر له) أقول : يعنى ويسلم القيمة .

. . . .

أن يقول سلمها إلىّ و لا أدرى لمن هى ، أو يقول سلمها إلىّ وقال هى لفلان بن فلان و هو الذى أقرّ له القاضى المعزول : ففى هذين يقبل قول المعزول فيهما لأنه يثبت بإقرار من فى يده أن اليد فيها كانت للقاضى فيقبل إقرار القاضى فيها كما لو كانت فى يده حال إقراره ، أو يقول دفعه إلىّ القاضى المعزول وهو لفلان ، وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ، و يدفع لمن أقرّ به له لأنه أقر باليد للقاضى فصار كأنّ المال فى يده فأقرّ به لواحد وأقرّ به هذا الرجل لآخر و فيه يكون القول قول القاضى فكذا هذا أو بدأ بالإقرار لفلان فقال هو لفلان ابن فلان ثم قال دفعه إلىّ القاضى ففى هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقرّ له الأمين ، ويضمن مثله إن كان مثليا أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول إلى من أقرّ له به لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقرّ بما هو فى يده ، فلما قال دفعه إلىّ القاضى فقد أقرّ أن اليد كانت للقاضى والقاضى يقرّ به لغير من أقر هو به له فيصير هو متلفا لذلك على من أقر له القاضى بإقراره لغيره فيضمنه . هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضى الأول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من فى يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل و يؤخذ المال لمن ذكره ، وكذا لو مات الأول و استقضى غيره فشهد بذلك .

[فرع يناسب هذا] لو شهد شاهدان أن القاضى قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضى لم أقض بشىء

خمسة أوجه: وذلك لأن من بيده المال إما أن يقر بشىء مما أقر به المعزول أو يجحد كله ، فإن كان الثانى فالقول قوله ، ولا يجب بقول المعزول عليه شىء؛ وإن كان الأول فإما أن يقول دفعه القاضى إلىّ وهو لفلان بن فلان من أقرّ له القاضى وهو المذكور فى الكتاب أولا بتعليله وإما أن يقول دفعه القاضى إلىّ ولا أدرى لمن هو وحكمه كحكم المذكور فى الكتاب والتعليل التعليل ، وإما أن يقول دفعه إلىّ القاضى المعزول وهو لفلان غير من أقرّ له القاضى وحكمه ما تقدم ، لأنه لما بدأ بالدفع من القاضى فقد أقر باليد له فصار كأن المال فى يده لما مر ؛ ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح ، وإما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضى ودفعه إلى القاضى وهو المذكور فى الكتاب آخرا وحكمه أن المال يسلم إلى المقرّ له أوّلا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى بإقراره الثانى ويسلم إلى المقرّ له من جهة القاضى إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ، وهذا لأن إقراره الأول لما صح وجب تسليم المال إلى المقر له ، وإذا قال بعد ذلك دفعه إلىّ القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد أقرّ أن اليد كانت للقاضى ، وبإقراره لغير من أقر له القاضى أتلف المال على من أقر له القاضى فكان ضامنا للمثل أو القيمة . كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره . وفيه نظر لأن الإقرار الأول إما أن يبطل مابعده أو لا ، وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين مابدأ ذو اليد بالدفع من القاضى وبين ما بدأ بالإقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ، ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقرّ له ثانيا فى الوجه الرابع . ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول إن كان باليد يختار إبطال ومابعده وإلا فلا ، وذلك لأن الإقرار ممن لا يد له لصدوره عن الأجنبى عن المقر به فاسد ، فإذا أقرّ باليد الشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثانى لصدوره عمن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما فى يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقرارا فى حق غيره ولكنه يسمع فى حق المودع لكونه

(قوله وهو المذكور فى الكتاب أولا الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن المذكور فى الكتاب أولا لا اختصاص له بما ذكره بل يعم الصورتين الأخيرتين أيضا .

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد) كى لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين ، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر . وقال الشافعى رحمه الله : يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهى ممنوعة عن دخوله . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم » وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه » وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ، ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها فى المسجد كالصلاة .

لا تجوز شهادتهما عندهما . ويعتبر قول القاضى ، وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كى لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين) وفى الخلاصة : ولا يتعب نفسه فى طول الجلوس ولكن يجلس فى طرفى النهار ، وكذا المفتى والفقيه (والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر) ثم الذى تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة . قال فخر الإسلام : هذا إذا كان الجامع فى وسط البلد ، أما إذا كان فى طرف منها فلا لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له ، فالأولى أن يختار مسجدا فى وسط البلد وفى السوق ، ويجوز أن يحكم فى بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرنا ، و بقولنا قال أحمد ومالك فى الصحيح عنه (وقال الشافعى : يكره الجلوس فى المسجد للقضاء لأنه) أى القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى - إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد - (والحائض وهى ممنوعة عن دخوله) ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر ، والخصومات تقترن بالمعاصى كثيرا من اليمين الغموس والكذب فى الدعاوى (ولنا) ما فى الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد ، وفيه « فتلاعنا فى المسجد وأنا شاهد » ولا بد من كون أحدهما كاذبا حانثا فى يمين غموس ، وفى الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك « أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينا كان له عليه فى المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيته فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى : يا كعب ، فقال : لبيك يا رسول الله ، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك ، قال كعب : قد فعلت يارسول الله ، قال : قم فاقضه » وأخرج الطبرانى مسندا إلى ابن عباس قال « بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال : يارسول الله أقم على الحد ، فقال : اجلس فجلس ، ثم قام الثانية فقال : يا رسول الله أقم على الحد ، فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يارسول الله أقم على الحد ، قال وما حدك ؟ قال : : أتيت امرأة حراما ، فقال صلى الله عليه وسلم لعلى وابن عباس وزيد

إقرارا على نفسه بإتلاف حقه بإقراره لغيره فى وقت يسمع منه ذلك ، والله أعلم . قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد الخ) الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا فى المسجد كى لا يتستر مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين ، وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال : والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرفق بالناس . قال الإمام على البزدوى : هذا إذا كان الجامع فى وسط البلدة ، وأما إذا كان فى طرف منها يختار مسجدا فى وسطها كى لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها . وقال الشافعى رحمه الله : يكره الجلوس فى المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى - إنما المشركون نجس - ويحضره الحائض وهى ممنوعة عن الدخول فى المسجد . وفصل مالك بين ماكان الحاكم فى المسجد فيتقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة ، ولم يكره الأول وكره الثانى . ولنا ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم » وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه » وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد

(قوله وروى عن أبى حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى) أقول : يعنى أنه قال : والمسجد عطفا على الكلام السابق .

ونجاسة المشرك فى اعتقاده لا فى ظاهره فلا يمنع من دخوله، والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضى إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة فى الدابة . ولو جلس فى داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ،

ابن حارثة وعثمان بن عفان رضى الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوّج ، فقيل يارسول الله ألا تجلد التى خبث بها ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : من صاحبتك ؟ قال : فلانة فدعاها ثم سألها ، فقالت : يارسول الله كذب علىّ والله إنى لا أعرفه ، فقال صلى الله عليه وسلم : من شاهدك ؟ فقال : يارسول الله مالى شاهد ، فأمر به فجلد حدّ الفرية ثمانين جلدة » وأما أن الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى : يعنى وقع منهم هذا . ولا يكاد يشك فى أن عمر وعثمان رضى الله عنهما وقع لهما ذلك . ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا . ففى البخارى : لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأسند الإمام أبو بكر الرازى إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى فى المسجد وذكر القصة فى ذلك ، فما قيل إنه غريب مبنى على أن المراد رواية هذا اللفظ ، وليس كذلك . وفى الطبقات لابن سعد بسنده إلى ربيعة بن أبى عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضى فى المسجد عند القبر ، وكان على القضاء بالمدينة فى ولاية عمر ابن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن بابك . قال : رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى فى المسجد وكان قد ولى قضاء المدينة . وإلى محمد بن عمر قال : لما ولى أبوبكر بن محمد بن عمرو بن حزم إمرة المدينة لعمر بن عبدالعزيز ولى أبا طوالة القضاء بها فكان يقضى فى المسجد، قال : أبو طوالة ثقة يروى عن أنس ابن مالك . وإلى إسماعيل بن أبى خالد قال : رأيت شريحا يقضى فى المسجد، وإلى الأسود بن شيبان قال : رأيت الشعبى وهو يومئذ قاضى الكوفة يقضى فى المسجد ، وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يروا إنكاره عن أحد . وأما الحديث الذى ذكره المصنف « إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم » فلم يعرف ، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابى الذى قام يبول فى المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم « مه مه ، فقال صلى الله عليه وسلم : لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ، ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن هذه المساجد لا تصلح لشىء من هذا البول والقذر ، وإنما هى لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن ، قال : وأمر رجلا من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه » وأما نجاسة المشرك فى الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها ليخرج إليها القاضى) أو يرسل نائبه (كما لو كانت الدعوى فى دابة ، ولو جلس فى داره فحسن) بشرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحدا من الناس لأن لكل أحد حقا فى مجلسه ، وعلى

لفصل الخصومات ، ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز فى المسجد كالصلاة (قوله ونجاسة المشرك) جواب عن دليل الشافعى . وتقريره : نجاسة المشرك فى اعتقاده لا فى ظاهره فإنه ثبت أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود فى المسجد (فلا يمنع من دخوله) إذ لا يصيب الأرض منه شىء (والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضى إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضى من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة فى الدابة . فإن قيل : يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول فى المسجد فتخبر عن حالها . قلنا : الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضى فى داره لا بأس بذلك) قال الإمام فخر الإسلام : إذا كان داره فى وسط البلدة كما تقدم فى المسجد ، فإذا جلس فيها يأذن للناس فى الدخول إليها لأن

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن فى جلوسه وحده تهمة . قال (ولا يقبل هدية إلا من ذى رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لأن الأول صلة الرحم والثانى ليس للقضاء بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه ، حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته، وكذا إذا زاد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه

قياس ماذكرنا فى المسجد أن الأولى أن يكون فى وسط البلد . وفى المبسوط : ولا يقضى وهو يمشى أو يسير على دابته لأنه إذ ذاك غير معتدل الحال ، ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ، ولأنه مشغول بما هو فيه ، ولا بأس بأن يتكئ لأنه نوع جلسة كالتربع وغيره ، وطباع الناس فى الجلوس مختلفة ، وينبغى أن لايقضى وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو فى حال برد شديد أوحر أو وهو يدافع الأخبثين أو به حاجة إلى الجماع . والحاصل أنه لايقضى حال شغل قلبه ، وأصله حديث « لا يقضى القاضى وهوغضبان » معلول به ولا ينبغى أن يتطوع بالصوم فى اليوم الذى يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلا ، ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ، ولا يضرب فى المسجد حدا ولا تعزيرا (و) ينبغى أن (يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لأن فى جلوسه وحده تهمة) الرشوة أو الظلم . وروى أن عثمان رضى الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ، ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم ، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال أحمد : يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه . وفى المبسوط : فإن دخله حصر فى قعود هم عنده أو شغله عن شىء من أمور المسلمين جلس وحده ، فإن طباع الناس تختلف ، فمنهم من يمنعهم حشمة الفقهاء من فصل القضاء . ومنهم من يزداد قوة على ذلك ، فإذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده . وفى المبسوط ما حاصله أنه ينبغى للقاضى أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته ، ولكن الحكم فى الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ، ونسبته إلى أنجار عليه . ومن يسمع يخل ، فربما تفسد العامة غرضه وهو برىء ، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدى إما له خصومة أو لا ، فإن كانت لايقبل منه وإن كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم ، وإن لم يكن خصومة فإن لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لاينبغى أن يقبل ، وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فإن زاد لايقبل الزيادة . وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدى قد زاد فبقدر ما زاد ماله إذا

لكل أحد حقا فى مجلسه (ويجالس معه من كان يجلس معه لو كان فى المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (إذ فى الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة . قال (ولا يقبل : هدية إلا من ذى رحم محرم منه الخ) الحاكم لايقبل الهدية إلا من ذى رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء . أما أنه لايقبل الهدية فلأنه من جوالب القضاء إذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام ، والأصل فى ذلك ما روى البخارى بإسناده إلى عروة بن الزبير عن أبى حميد الساعدى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن الأتبية على الصدقة فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدى لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا جلس فى بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا » واستعمل عمر رضى الله عنه أباهريرة رضى الله عنه فقدم بمال فقال : من أين لك هذا ؟ فقال : تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا ، فقال : أى عدو الله هلا قعدت فى بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا ؟

زاد فى الهدية لا بأس بقبولها ، وهذا يقتضى أن لايقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره ، فإن لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لايقبل . وعبارة الهداية مع القدورى حيث قال : ولا يقبل الهدية إلا من ذى رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذى ليس له عادة بالمهاداة قبل إذا لم تكن خصومة . والوجه هو ظاهر النهاية . ثم صرح فى مسئلة الدعوى عن شيخ الإسلام بأنه لافرق بين القريب والبعيد فى أنه لايقبل هديته إلا إذا كان له عادة ، نعم يمكن أن يقال فى القريب الذى ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء إن كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدى إليه جاز لأن الظاهر أن المانع ماكان إلا الفقر ، وهذا على شبه قول فخر الإسلام فى الزيادة : إذا كثر ماله . ثم إذا أخذ الهدية فى موضع لايباح أخذها قيل يضعها فى بيت المال لأنها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها إن عرفهم ، وإليه أشار فى السير الكبير ، وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففى بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة ، فإن جاء المالك يوما يعطاها ، وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه فى الهدية حكم القاضى . وفى شرح الأقطع : الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه ، والهدية لاشرط معها انتهى . والأصل فى ذلك ما فى البخارى عن أبى حميد الساعدى قال « استعمل النبى صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم وهذا لى ، قال عليه الصلاة والسلام : هلا جلس فى بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا » قال عمر بن عبد العزيز : كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ، ذكره البخارى . واستعمل عمر رضى الله عنه أباهريرة فقدم بمال فقال له : من أين لك هذا ؟ قال : تلاحقت الهدايا ، فقال له عمر رضى الله عنه : أى عدوّ الله هلا قعدت فى بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا ، فأخذ ذلك منه وجعله فى بيت المال وتعليل النبى صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية ، ولهذا لو زاد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا ، وعند الشافعى هو محرم كالرشوة . هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضى إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ماكان يهديه

فأخذ ذلك منه وجعله فى بيت المال . فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة . وأما القبول من ذى رحم محرم ولا خصومة له فإنه من جوالب القرابة ، وهو مندوب إلى صلة الرحم وفى الردّ معنى القطيعة وهو حرام . ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لايكون . وعبارة النهاية تدل على أن المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبى ، وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فإنه ليس بأكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة . والحاصل أن المهدى للقاضى إما أن يكون ذا خصومة أولا ، والأول لايجوز قبول هديته مطلقا : أى سواء كان قريبا أو مهاديا قبل القضاء أو لم يكن . والثانى إما أن يكون قريبا أو ممن جرت له العادة بذلك أو لا ، والثانى كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه ، والأول يجوز قبوله إن لم يزد من له العادة على المعتاد . وقال الإمام فخر الإسلام : إن زاد على المعتاد عندما ازداد مالا بقدر مازاد فى المال لا بأس بقبوله ، ثم إن أخذ القاضى ماليس له أخذه ماذا يصنع به ؟ اختلف المشايخ فبعضهم قالوا : يضع فى بيت المال ، وعامتهم قالوا : يردها على أربابها إن عرفهم ، وإليه أشار فى السير الكبير وإن لم يعرفهم أو يعرفهم إلا أن الردّ يتعذر لبعدهم يضعها فى بيت المال ، وحكمه حكم اللقطة ، وإنما يضعها فى بيت

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتّهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل فى هذا الجواب قريبه وهو قولهما . وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية ، والخاصة مالو علم المضيف أن القاضى لايحضرها لايتخذها . قال(ويشهد الجنازة ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين ، قال عليه

بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعنى ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة (ويدخل فى هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولاخصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوى . وقال الخصاف : يجيب الخاصة لقريبه بلاخلاف لصلة الرحم ، وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق فى القريب بين الهدية ، قال : يقبل منه مطلقا ، ولم يفصل بين جرى العادة وغيره ، وفى الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر فى المتن . قال شيخ الإسلام : قالوا ماذكر فى الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبى سواء . وما فى الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء ، فإذا أهدى بعد القضاء لابأس بقبوله انتهى . فقد آل الحال إلى أنه لافرق بين القريب والغريب فى الهدية والضيافة سوى ذلك لإمكان الذى قدمناه . واختلف فى الخاصة والعامة فقيل مادون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة . وقال المصنف (الخاصة) هى (التى لو علم المضيف أن القاضى لايحضرها لايتخذها) والعامة هى التى يتخذها حضرها القاضى أو لا . وعندى أن ماحكى عن القاضى أبى على النسفى وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين . وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا لهاتين الخصلتين أو لخصوص من الناس ولأنه أضبط ، فإنّ معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضى لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ، ويكفى عادة الناس فى ذلك وعادة الناس هى ماذكر النسفى ، والله أعلم . وعند الشافعى وأحمد : يحضر الولائم مطلقا لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذى كان يقضى . قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لايضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) المراد مريض لاخصومة له وإلا

المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو فى هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم (ولا يحضر القاضى دعوة إلا أن تكون عامة) قيل وهى ماتكون فوق العشرة وما دونه خاصة ، وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة ، وذكر المصنف أن الدعوة الخاصة هى ما لو علم المضيف أن القاضى لايحضرها لايتخذها ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله ، وإطلاق لفظ القدورى لايفصل بين القريب وغيره ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : إنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية ، وقيل فى الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوّزا قبول هدية ذى الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته أن ما قالوا فى الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وإنما أحدث بعده ، وما ذكروا فى الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم . وذكر صدر الإسلام أبو اليسر : إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغى أن لايجيب القاضى دعوته ، وإن كانت عامة لأنه يؤدى إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة . قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم . قال صلى الله عليه وسلم « للمسلم على المسلم ستة حقوق » روى أبو أيوب رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للمسلم على المسلم ستّ خصال واجبة ، إن ترك شيئا منها فقد ترك حقا

الصلاة والسلام « للمسلم على المسلم ستة حقوق » وعدّ منها هذين (ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ، ولأن فيه تهمة . قال (وإذا حضرا سوّى بينهما فى الجلوس والإقبال)

لايعوده ، وإنما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حق المسلم على المسلم خمس : ردّ السلام ، وتشميت العاطس ، وإجابة الدعوة ، وعيادة المريض ، واتباع الجنائز ، وإذا استنصحك فانصح له » فهذه هى السادسة . ورواه ابن حبان وقال فيه : وإذا عطس فحمد الله يشمته . وروى البخارى فى كتابه المفرد فى الأدب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقى قال : كنا غزاة فى البحر زمن معاوية ، فانضم مركبنا إلى مركب أبى أيوب الأنصارى ، فلما حضر غداؤنا أرسلنا إليه فأتانا وقال : دعوتمونى وأنا صائم فلم يكن لى بد من أن أجيبكم لأنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ، إن ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه لأخيه : يسلم عليه إذا لقيه ، ويجيبه إذا دعاه ، ويشمته إذا عطس ، ويعوده إذا مرض ، ويحضره إذا مات ، وينصحه إذا استنصحه » ولابد من حمل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب فى اصطلاح الفقه الحادث ، فإن ظاهره وجوب الابتداء بالسلام ، وكون الوجوب وجوب عين فى الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الآخر : لما روى إسحاق بن راهويه فى مسنده عن الحسن قال « جاء رجل فنزل على علىّ رضى الله عنه فأضافه ، فلما قال إنى أريد أن أخاصم ، قال له علىّ رضى الله عنه : تحول فإن النبى صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه » . وكذا رواه عبدالرزاق ثم الدارقطنى (ولأن فيه تهمة) الميل (قوله وإذا حضرا سوّى بينهما فى الجلوس والإقبال) لما روى إسحاق بن راهويه فى مسنده : أخبرنا بقية بن الوليد عن إسماعيل بن عياش ، حدثنى أبو بكر التيمى عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسوّ بينهم فى المجلس والإشارة والنظر ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر » وأخرجه الدارقطنى فى سننه عن عباد بن كثير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه وإشارته ومقعده » وروى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى أبى موسى عبد الله بن قيس الأشعرى أن : آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك

واجبا عليه : إذا دعاه أن يجيبه ، وإذا مرض أن يعوده ، وإذا مات أن يحضره ، وإذا لقيه أن يسلم عليه ، وإذا استنصحه أن ينصحه ، وإذا عطس أن يشمته » كذا فى تنبيه الغافلين (ولا يضيف أحد الخصمين لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه » (ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (وإذا حضرا سوّى بينهما الخ) إذا حضر الخصمان بين يدى القاضى فإن كان أحدهما من ولاه والآخر فقيرا أو كانا أبا وابنا يسوّى بينهما فى المجلس فيجلسان بين يديه على الأرض ، لأنه لو أجلسهما فى جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضى فتفوت التسوية ، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين ، وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضى فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضى من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضى بينهما كى لايكون مفضلا لأحد الخصمين على الآخر ، وفيه دليل على أن القاضى يجوز له أن يحكم على من ولاه ، وكذلك يسوى بينهما فى الإقبال وهو التوجه والنظر . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم

لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم فى المجلس والإشارة والنظر » (ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك فى وجه أحدهما) لأنه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لأنه يذهب بمهابة القضاء .

حتى لايطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك . (ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجته للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك فى وجه أحدهما لأنه يجترئ بذلك على خصمه ، ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ، ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لأن لليمين فضلا ، ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر . وفى أبى داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أجلس عمرو ابن الزبير على السرير ، فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الآخر فقال هنا ، فقال عبد الله : الأرض الأرض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو قال : سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى . وفى النوازل والفتاوى الكبرى : خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه ينبغى للقاضى أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضى بينهما . وبهذه المسئلة يظهر أن القاضى يصلح قاضيا على السلطان الذى ولاه ، والدليل عليه قصة شريح مع علىّ فإنه قام فأجلس عليا رضى الله عنه مجلسه ، وينبغى للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ، ولو فعلا ذلك منعهما القاضى تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدى المعلم تعظيما له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما ، ويسند القاضى ظهره إلى المحراب ، وهذا رسم زماننا . قالوا : وهو أحسن لأنه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم . أما فى زمن الخصاف وغيره فكان القاضى يجلس مستقبل القبلة وهو مستحبّ عند الأئمة الثلاثة ؛ ويقف أعوان القاضى بين يديه ليكون أهيب ، وإذا حضرا فالقاضى بالخيار إن شاء ابتدأ فقال مالكما وإن شاء تركهما حتى يبتدئاهما بالنطق ، وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشىء غير مابينهما ، فإذا تكلم المدعى أسكت الآخر حتى يفهم حجته لأن فى تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ، ثم يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعى ذلك . وقيل لا إلا بعد سؤال المدعى بأن يقول اسأله لكى يتفكر فى الدعوى لتظهر له صحتها ، وإلا قال قم فصحح دعواك ، وإذا صحت الدعوى يقول فماذا تريد أن أصنع ، فإن قال أريد جوابه سأله . والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود ، وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلابد من تقدمهن معهم ، واختار محمد أن يقدم الدعوى الأول فالأول ، ويضع على ذلك أمينا لايرتشى يعرّفه السابق ، وليبكر على باب القاضى ولا يكون عنده طمع ، ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فإن بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ، ولهذا لايخوفهم فيكون مهيبا لايخافه الناس . وأنكر الأئمة ما رأوا

« إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم فى المجلس والإشارة والنظر » قال (ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه) لا يكلم القاضى أحد الخصمين سرّا ولا يشير إليه لابيده ولا برأسه ولا بحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك فى وجهه لأن فى ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولأن فيه كسر القلب الآخر فينحيه عن طلب حقه فيتركه) وفيه اجتراء من فعل فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء) وينبغى أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه فى غير وقته ويمنعهم عن إساءة الأدب ، ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهى المنع ، ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضى

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم . واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل .

من أخذ بواب القاضي شيئا ليمكنه من الدخول وهو يعلم . قالوا : هذا فساد عظيم ليس لأحد أن يمنع أحدا من التقدم إلى باب القاضي في حاجة ، والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة ، وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي . قيل : وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه معه سوط يقال له الجلواز ، وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي ، واعلم أن القيام بين يدى القاضي للخصومة لم يكن معروفا ، بل أن يجلسهما على ماذكرنا فهذه أيضا من المحدثات لما فيه من الحاجة إليه . وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استصحب رجلا سيء الأدب ، فقيل له في ذلك فقال : أما علمت أن الشرّ بالشرّ يدفع . والمقصود أن الناس مختلفو الأحوال والأدب ، وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مرادا به الخير لاحشمة النفس المؤدى إلى الإعجاب ولا حول ولا قوّة إلا بالله . ويستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب ، وأن يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ، ولا يترك شيئا من الحق ، ويتخذ كاتبا أمينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كي لايقع السجل فاسدا بالإخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ، ويقعده حيث يرى مايكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء ، بخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما ، عليه الأئمة الثلاثة . وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استوائه الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لايجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين . وفي المبسوط : ماقالاه عزيمة لأن القاضي منهيّ عن اكتساب مايجرّ إليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لايخلو منه . وقول أبي يوسف رخصة ، فإنه لما ابتلي بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لأن مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق إذا لم يعنه على أداء الشهادة . ويحصر مضارع حصر من باب علم إذا امتنع عليه

ويمنع من رفع الصوت في المجلس . قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي مايستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا مكروه لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم ، وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لإحياء حقوق الناس ، وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين إحياء للحقوق بمنزلة الأشخاص والتكفيل ، وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهدا الشاهدان بالألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لايجوز بالاتفاق . وتأخير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله والإشخاص هو إرسال الراجل لإحضار الخصم .

(قوله تلقين الشاهد إلى قوله مكروه لأنه إعانة الخ) أقول : تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه خبره .

(فصل فى الحبس)

وضاق صدره به ، وتقدمت هذه اللفظة فى كتاب الصلاة ، وأيضا أمرا بإكرام الشهود فإن الله يحيى بهم الحقوق ، وهذا التلقين إعانة وإكرام حيث لاينسب إليه القصور . وقوله بمنزلة الأشخاص هو إرسال شخص ليأتى بخصمه ، يقال شخص من بلد إلى بلد إذا ذهب من حد منع . قيل وتأخير قول أبى يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على أنه مختار المصنف ، وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحى ، وقد لايلزم ويكفى كونه أخر دليله فى ذلك . وفى فتاوى قاضيخان : لاينبغى للقاضى أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوّض ذلك إلى غيره ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وعن أحمد يتخذ وكيلا لايعرف أنه وكيل القاضى تحرزا عن المحاباة . وشرط شريح على عمر حين ولاه أن لا أبيع ولا أشترى ولا أرتشى . وقال بعض أشياخ المالكية . ينبغى للقاضى أن يرتفع عن طلب العوارى من الماعون والدابة وما أشبه ذلك . وعن محمد : لا بأس أن يبيع ويشترى فى غير مجلس القضاء ، وينبغى للخصوم إذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضى ، فإذا سلموا لايجب على القاضى ردّ سلامهم ، فإن ردّ يقتصر على قوله وعليكم ويخرج فى أحسن ثيابه ، والله الموفق .

(فصل فى الحبس)

أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ماذكر ، ومنها الحبس ، إلا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته . والحبس مشروع بالكتاب لأنه المراد بالنفى المذكور بقوله تعالى ـ أو ينفوا من الأرض ـ وبالسنة على ماسلف « أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة » . وذكر الخصاف « أن ناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا ، فبعث إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم » ولم يكن فى عهده صلى الله عليه وسلم وأبى بكر سجن ، إنما كان يحبس فى المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضى الله عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسا . وقيل بل لم يكن فى زمن عمر ولا عثمان أيضا إلى زمن علىّ رضى الله عنه فبناه ، وهو أول سجن بنى فى الإسلام .

(فصل فى الحبس)

لما كان الحبس من أحكام القضاء وتتعلق به أحكام أفرده فى فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى ـ أو ينفوا من الأرض ـ فإن المراد به الحبس ، وبالسنة وهو ماروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة » خلا أنه لم يكن فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم سجن ، وكان يحبس فى المسجد أو الدهليز حيث أمكن ، ولما كان زمن علىّ رضى الله عنه أحدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ، ولأن القاضى نصب لإيصال الحقوق إلى مستحقيها فإن امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضى بد من أن يجبره على الأداء ، ولا خلاف أن لاجبر بالضرب

(فصل فى الحبس)

(قوله وهو ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا الخ) أقول : وقد مر ذلك من المصنف فى أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه مخيسا) أقول : خيس تخييسا ذلله فتخيس بالخاء المعجمة . قال فى القاموس : مخيس كمعظم انتهى . قال فى النهاية : المخيس بالكسر : أى المذلل من التخييس وهو التذليل ، وروى بفتح الياء وهو موضع التخييس ، وهو الذى اختاره فى المغرب .

قال (وإذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها ، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة فعله طمع فى الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره .

قال فى الفائق : إن عليا بنى سجنا من قصب فسماه نافعا ، فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه ، ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ، وفى ذلك يقول علىّ رضى الله عنه :

ألا ترانى كيسا مكيسا • بنيت بعد نافع مخيسا • بابا حصينا وأمينا كيسا

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل ، والكيس حسن التأنى فى الأمور . والمكيس المنسوب إلى الكيس ، وأراد بالأمين السجان الذى نصبه فيه . والمحبوس فى الدين لايخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لأنه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ، ولهذا قالوا : ينبغى أن يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به ، وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد . وفى غيرهم لا وعليه الفتوى . وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمى بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه . نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك . وسئل محمد عما إذا مات والده أيخرج فقال لا . ولو مرض فى السجن فأضناه ، إن كان له خادم لايخرج حتى يموت ، وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم الممرض ، ولا يجوز أن يكون الدين مقضيا للتسبب فى هلاكه ؛ ولو احتاج إلى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لايطلع عليه ، وقيل يمنع منه لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية ، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه لأنه قد يفضى إلى المقصود من الإيفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث . والمال غير مقدر فى الحبس ، فيحبس فى الدرهم وما دونه لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قوله وإذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه ، لأن الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم « لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته » رواه أبو داود ، وفسر عبد الله بن المبارك إحلال عرضه بإغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار (إذ لعله طمع فى الإمهال فلم يستصحب المال) وإنما يظهر إذا أمره بعد إقراره فامتنع (أما إذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بإنكاره) . وفى الفوائد الظهيرية :

فيكون بالحبس أولى . قال (وإذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) إذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو إما أن يثبت بالإقرار أو بالبينة ، فإن كان الأول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها ، وإذا ثبت الحق بإقراره لم يظهر كونه مماطلا فى أول الأمر لأن من حجته أن يقول ظننت أنك تمهلنى فلم أستصحب المال فإن أبيت أوفيك حقك . فإن امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس ، وإن كان الثانى حبسه كما سبق لظهور المماطلة بإنكاره . وروى عن شمس الأئمة السرخسى رحمه الله عكس ذلك . ووجهه أن الدين إذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما عاملت له دينا علىّ فإذا علمت الآن لا أتوانى فى قضائه ، ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار فى فصل الإقرار ، والمال غير مقدر فى حق الحبس يحبس فى الدرهم وما دونه ، لأن مانع ذلك ظالم فيجازى به ، والمحبوس فى الدين لايخرج

قال (فإن امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لأنه إذا حصل المال فى يده ثبت غناه به ، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه ، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله. قال (ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إنى فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعى إثبات غناه ،

وعن شمس الأئمة السرخسى عكس هذا ، وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول وهلة لأنه يعتذر بأنى ما كنت أعلم أن علىّ دينا له بخلافه بالإقرار لأنه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه؛ وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره فى الإقرار والبينة (قوله فإن امتنع) أى بعد أمره بقضائه (حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده ك)القرض و(ثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا ثبت المال فى يده ثبت غناه (به) والمراد بالغنى القدرة على الإيفاء ، وإلا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به : يعنى إذا دخل المال فى يده ثبتت قدرته على إيفائه ، وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لأن إقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ، ولا يسمع قوله إنى فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبسه فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال إنى فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) حينئذ (لأنه وجد دلالة اليسار)

لمجىء رمضان والفطر والأضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله ، لأن حقوق الميت تصير مقامة بغيره ، وفى الخروج تفويت حق الطالب ، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك لأنه لزم القيام بحق الوالدين : وليس فى هذا القدر من الخروج كثير ضرر للطالب ، وإن مرض وله خادم لا يخرج لأنه شرع ليضجر قلبه فيتسارع إلى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر ، وإن لم يكن له خادم أخرجوه لأنه إذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ، ولو احتاج إلى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطؤهما حيث لا يطلع عليه أحد لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج . وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم فى قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده . قال(فإن امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا الخ) فإن امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه إذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فإن ادعى الإعسار وأنكره المدعى اختلف المشايخ فى قبول دعواه ، فقال بعضهم : كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى ، وقد ذكر القدورى هذا القول بقوله حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، واستدل المصنف على ذلك بقوله لأنه إذا حصل المال فى يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل ، وبقوله وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا بما يقدر على أدائه ، وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره ، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فكان إقدامه على النكاح دليلا على قدرته . قال القدورى (ولا يحبسه فيما سوى ذلك) يعنى ضمان الغصب وأرش الجنايات (إذا قال إنى فقير) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (إلا أن يثبت المدعى أن له مالا ببينة فيحبسه . وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه فى جميع ذلك)

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول : العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد فى صورة التعاطى فلهذا قابل القدورى ما التزمه بعقد بما لزمه بدلا عن مال فتأمل (قوله يعنى ضمان الغصب) أقول : فيه أن ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغى أن يكون القول قول المدعى كما صرح به فى البدائع. وجوابه أن وضع المسئلة فيما إذا ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه

ويروى أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة . ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال : وفى النفقة القول قول الزوج إنه معسر ، وفى إعتاق العبد المشترك القول للمعتق ،

أى قدرته على الدين المدعى به ، هكذا ذكر فى الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه فى جميع ذلك) أى فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكما لفعله لا لعقد كالإتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف (لأن الأصل هو العسرة) فى حق كل أحد لأنه خلق عديم المال ، ولهذا قال : إذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله ألك مال أو لا ، فإن قال لا استحلفه فإن نكل حبسه ، وإن حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعى البينة على قدرته . وعندنا يحبسه ولا يسأله ، فإن قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أى للمديون (إلا فيما بدله مال) كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فإن القول فيهما قول المدعى . ونسب الخصاف هذا القول لأبى حنيفة وأبى يوسف ، ومن العلماء من قال : يحكم الزى إن كان بزى الفقراء فالقول قوله فى الفقر إلا أن يثبت المدعى قدرته ، وإن كان بزى الأغنياء فالقول للمدعى إلا فى الفقهاء ، والعلوية والعباسية لا يحكم الزى لأنهم يتكلفون فى لباسهم مع فقرهم وحاجتهم ، وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الأغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فإن القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك ، فإن أقام البينة أنه كان عليه زى الأغنياء جعل القول قول المدعى ، فإن لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المديون ، وكلما تعارضت بينة اليسار . والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم ، ، اللهم إلا أن يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فإنها تقدم لأن معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال . ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصا عن أصحابنا بلا خلاف : إحداهما أن المرأة إذا ادّعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال إنه معسر ليعطى نفقة الإعسار أن القول للزوج . والثانية أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق . قال المصنف

أى فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذ الآدمى يولد ولا مال له ، والمدعى يدعى عارضا ، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه (ويروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال) وهو مروىّ عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لأنه عرف دخول شىء فى ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعى ، وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل فى ملكه شىء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة ، فذلك ثلاثة أقوال . وفى المسئلة قولان آخران : أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البرّ والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما فى نفقة المحارم . والآخر أن يحكم الزىّ إن كان زى الفقراء كان القول له ، وإن كان زىّ الأغنياء كان القول للمدعى إلا فى أهل العلم والأشراف كالعلوية والعباسية فإنهم يتكلفون فى الزىّ مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزىّ فيهم دليل اليسار . وقوله (وفى النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية . ذكر فى كتاب النكاح

عند القاضى وما فى البدائع فيما إذا باعه لآخر مثلا (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول : ولا يخفى أن العارض ثبت بدليله الذى ذكره المصنف آنفا والأصل إبقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم بإقدامه على التزامه باختياره

والمسئلتان تؤيدان القولين الأخيرين ، والتخريج على ماقال فى الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق ، وكذا عند أبى حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق ، ثم فيما كان القول

(والمسئلتان تؤيدان القولين الأخيرين) يعنى قول القائل القول لمن عليه فى جميع ذلك ، وقول القائل القول لمن عليه إلا فيما بدله مال . أما تأييدهما الأول فلأنه جعل القول قول الزوج والمعتق ، فلو كان الصحيح المذكور أو لا كان القول للمرأة والشريك الساكت فى دعوى اليسار ، وأما تأييدهما الثانى فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه ، فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الأخيران ، كذا فى النهاية . ومنهم من استروح فى الأول فقال : أما تأييدهما لقول من قال القول له فى جميع ذلك فظاهر ، وذكر فى الثانى ماذكر فى النهاية . ولا يخفى أنهما يبطلان القول المفصل فى الكتاب بين كون الدين ملتزما بمال أو بعقد ، فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب ، فإن البدل فيهما ملتزم بعقد أو شبهه ، وهو الفعل الحسن الموضوع سببا : أعنى العتق ، ويؤيدان القول الأخير وهو أن القول للمديون إلا فيما بدله مال فإن البدل فى المسئلة ليس مالا ، ويجعل القول للمديون تأيد القول بأن مابدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وإن التزمه بعقد ، ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم أنه يفيد الشمول وإلا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما إذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له فى جميع الديون ، فما فى النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر . وكيف يمكن أن يجمع بينهما فى الصحة وهما متباينان ، فإن كون القول للمطلوب فى الكل إذا كان هو الصحيح لايكون المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعى ، أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحا ، فالذى لاشبهة فيه إنما يبطلان القول المذكور فى الكتاب ليس غير . وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق ، وكذا ضمان الإعتاق عند أبى حنيفة ، وهذا معنى قوله (والتخريج على ماقال فى الكتاب الخ) فلم يرد انقضا فيرجع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) إذا (كان القول

أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقه المعسرين فالقول قول الزوج . وفى كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله ، وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخيرين . أما تأييدهما للذى كان القول فيه لمن عليه فى جميع ذلك فلأنه جعل القول قول الزوج والمولى مع أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق ، فلو كان الصحيح ماذكر أولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت فى دعوى اليسار ، وأما تأييدهما للذى كان القول لمن عليه إلا فيما بدله مال فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق مالا جعل القول قول من عليه ، فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران . وقوله (والتخريج على ما قال فى الكتاب) يعنى القدورى جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه ، وتقريره أنه : أى النفقة على تأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة . ولهذا تسقط بالموت بالإنفاق ،

(قوله فلأنه جعل القول قول الزوج الخ) أقول : لايخفى أن ماذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعنيين ، فإن المراد باليسار فى قولهم وإقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك فى النفقة (قوله مع أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق) أقول : أنت خبير بأن الالتزام فى صورة الإعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الإعتاق مجردا على الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول : الظاهر أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران) أقول : كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان إلا أن يقال : المراد أن الصحيح لايعدوهما لأن كلا منهما صحيح (قوله أى النفقة على تأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول : الإنفاق لايكون دينا فلا وجه لهذا التأويل ، والأصوب أن يقال على تأويل الدين وأن

قول المدعى إن له مالا أوثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أوثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه فى الحال ، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لوكان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر . والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه . قال (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضى المدة لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ؛

قول المدعى إن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة يحبس) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم إنما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدى ماعليه (فلابد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره) وهو شهران أو ثلاثة ، وهو رواية محمد عن أبى حنيفة فى كتاب الحوالة والكفالة (ويروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوى لأن مازاد على الشهر فى حكم الآجل وما دون الشهر فى حكم العاجل فصار أدنى الأجل شهرا والأقصى لاغاية له فيقدر بشهر . وروى (أو أربعة أشهر إلى ستة أشهر) وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة : أى مابين أربعة أشهر إلى ستة أشهر رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد ، فالتقدير فى هذا غير معتبر بل هو مفوّض إلى رأى القاضى إذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه إن كان لهمال ، وهذا يختلف باختلاف الناس إن غلب على ظن القاضى بعد مدة أنه لو كان له مال فرّج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به ، فإن شهد شاهدان عنده أنه قادر على قضاء الدين أبد حبسه ، وإن

وقد تقدم أن الدين الصحيح هو مالا يسقط إلا بإبراء من له أو بإيفاء من عليه ، وكذا ضمان الإعتاق عند أبى حنيفة رحمه الله ، وحينئذ لايرد نقضا على ما فى الكتاب وهو قوله حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد ، لأن المراد بالدين هو المطلق منه إذ به يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لايحصل الخلاص منه فى حياته ومماته من جهته إلا بالإيفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ، ثم فيما كان القول فيه قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره وإعساره . أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل فى الحال ، وأما توقيته فلأنه لإظهار ماله إن كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر ، ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوى لأن مادونه عاجل والشهر آجل . قال شمس الأئمة الحلوانى : وهو أرفق الأقاويل فى هذا الباب . وروى الحسن عن أبى حنيفة أربعة أشهر إلى ستة أشهر ، والصحيح أن شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم ، بل هو مفوّض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه ، فمن الناس من يضجر فى السجن فى مدة قليلة ومنهم من لايضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التى ضجر الآخر ، فإن وقع فى رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال إن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك ، فإن سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج فى البينة إلى لفظة الشهادة والعدد ، بل إذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله ، والاثنان أحوط إذا لم يكن حال منازعة ، أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الإعسار والطالب اليسار فلابد من إقامة البينة ، فإن شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله ، وليس هذا شهادة على النفى لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لابالنفى ، وإن استحلف المطلوب الطالب على أنه لايعرف أنه معدم حلفه القاضى ، فإن نكل أطلقه وإن حلف أبد الحبس . وقال شيخ الإسلام : هذا السؤال من القاضى عن حال المديون بعد ماحبسه

يرجع الضمير إلى كل من النفقة وضمان الإعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول : فى الكفالة (قوله ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول : قوله بشهر متعلق بمقدر .

ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ، ولا تقبل فى رواية ، وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله : قال فى الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام فى الملازمة وسنذكره فى كتاب الحجر

قالوا إنه ضيق الحال أطلقه . ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك . وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الإعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد : فى رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل وإسماعيل ابن حماد بن أبى حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعى وأحمد ، والأكثر على أنها لاتقبل قبل الحبس وهو قول مالك . قيل وهو الأصح ، فإن بينة الإعسار بينة على النفى فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضى المدة تأيدت ،

احتياط ، وليس بواجب لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفى وهى ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ، ولكن لوسأل كان أحوط . قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لايثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأن الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشترى جوار الشفيع وأنكر ماكه فى الدار التى بيده فى جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة أن له نصيبا فى هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فإن القاضى لايقضى بهذه البينة فما الفرق بينهما ؟ وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين ، والقدرة عليه إنما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما فى نفسه . أما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شىء معلوم لأن القليل والكثير فى استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما . قال (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فإن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضىّ المدة التى رآها القاضى برأيه أو بعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ماتقدم خلى سبيله لأنه استحق النظرة إلى الميسرة لقوله تعالى ـ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ـ فكان الحبس بعده ظلما . وفى بعض الشروح جعل قوله يعنى بعد مضى المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لايخليه ما لم تمض المدة ، وليس كذلك فإن أصحابنا ذكروا فى نسخ أدب القاضى وقالوا : وإذا ثبت إعساره أخرجه من الحبس ، وعلى ماذكرنا لايردّ عليه شىء من ذلك (ولو قامت البينة على إفلاسه قبل مضىّ المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لانعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية ففيه روايتان (تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعليها عامة المشايخ) وإن كان ذلك قبل الحبس ؛ فعن محمد فيه روايتان : فى رواية لايحبسه وبه كان يفتى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول إسماعيل بن حماد بن أبى حنيفة رحمهم الله . وفى أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبسه ولا يلتفت إلى هذه البينة لأنها على النفى فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت ، فإذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به إذ الظاهر أن القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لايتحملها (قال فى الكتاب) أى القدورى (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعنى المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه من الحبس (فى الملازمة) هل للطالب ذلك أو لا (وسنذكره فى باب الحجر

(قوله وفى بعض الشروح جعل قوله إلى قوله وعلى ماذكرنا لايرد عليه شىء من ذلك) أقول : المراد من البعض هو الإتقانى ، وسيظهر جواب آخر آنفا بأن ما فى الكتاب على رواية الأصل . فاندفع الإشكال على أن ثبوت الإعسار يكون بالبينة وعدم الظهور لايلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على مايفهم من الشرطية فافهم (قوله فإن أصحابنا ذكروا ، إلى قوله : أخرجه من الحبس) أقول : ممنوع فإنه يفهم مما ذكره أيضا أنه إذا لم يظهر له قبل مضى المدة لايخليه (قال المصنف : ولا تقبل فى رواية) أقول : وهذا إذا كان أمره مشكلا وإفلاسه غير ظاهر بين الناس وإلا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعنى المنع من ملازمة المديون) أقول : لعل الصواب يعنى عدم المنع كما لايخفى .

إن شاء الله تعالى . وفى الجامع الصغير : رجل أقرّ عند القاضى بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسرا أبد حبسه ، وإن كان معسرا خلى سبيله ، ومراده إذا أقرّ عند غير القاضى أوعنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أوّلا ومدته قد بيناه فلا نعيده . قال (ويحبس الرجل فى نفقة زوجته) لأنه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد فى دين ولده) لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود و القصاص

إذ الظاهر أنه لوكان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته . واعلم أن سؤال القاضى بعد المدة للاحتياط وإلا فبعد مضى المدة التى يغلب على ظن القاضى أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدعى بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال ، وإليه يشير قوله فإن لم ينكشف له مال خلى سبيله ، ولو طلب المديون يمين المدعى أنه مايعلم أنه معسر حلف ، فإن نكل أطلقه ، ولو قبل الحبس وإن حلف أبد حبسه ، ولا شك أن معناه مالم تقم بينة على حدوث عسرته . قال أبوالقاسم فى كيفية شهادة الإعسار أن يقول : أشهد إنه مفلس لانعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية ، بخلاف ما إذا مضت المدة فسأل فإنه يكفى الواحد العدل فى إخباره بالعسرة ، والاثنان أحوط . ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره فى باب الحبس من كفالة شيخ الإسلام (قوله وفى الجامع الصغير : رجل أقرّ بدين عند القاضى فإنه يحبسه ثم يسأل عن حاله) إنما ذكره لما فى ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله إذا ثبت الدين بالإقرار لايحبسه فى أول الوهلة ، فإن هذا ظاهر فى وصل الحبس بإقراره فذكره ليؤوّله بقوله (ومراده إذا أقرّ عند غير القاضى أوعنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا) إلى القاضى فإنه يحبسه بمجرد جوابه أنه لم يعطه إلى الآن شيئا (قوله ويحبس الرجل فى نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه فى اليوم الثانى من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلا كالدانق إذا رأى القاضى ذلك ، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لأن العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضى أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها فى يوم ينبغى إذا قدمته فى اليوم الثانى أن يأمره بالإنفاق فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة ، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه فى باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعته إلى القاضى يأمره بالقسم وعدم الجور ، فإن ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة ، وإن كان ماذهب لها من الحق لايقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والد فى دين ولده فإنه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لأجل الولد لأن التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لأنه فوقه ، وكذا لايحد

بسبب الدين إن شاء الله تعالى) (وذكر فى الجامع الصغير : رجل أقرّ عند القاضى بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه ، وإن كان معسرا خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر فى أول الفصل أن الحق إذا ثبت بالإقرار لايحبسه أول وهلة فيحتاج إلى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أى مراد محمد(إذا أقر عند غير القاضى أوعنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته) وهذه الرواية تصلح أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسى فيما نقل عنه من العكس كما تقدم فى أول الفصل ، أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعنى أن المذكور فى الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج إلى ذكره لها فلانعيده . قال (ويحبس الرجل فى نفقة زوجته الخ) إذا فرض القاضى على رجل نفقة زوجته، أو اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت إلى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد فى دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص) قال الله تعالى ـ ولا تقل

(إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) لأن فيه إحياء لولده ، ولأنه لايتدارك لسقوطها بمضى الزمان ، والله أعلم .

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

له إذا قذفه ولا يقتص منه إذا قتله ، أما إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه يحبس ، وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الإنفاق أبا كان أو أما أوجدا ، لأن فى ترك الإنفاق سعيا فى هلاكهم ، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إلى إهلاك الولد (ولأنه لايتدارك لسقوطها) أى لسقوط النفقة (بمضى الزمان) بخلاف الدين فإنه لايسقط . وفى الذخيرة والعبد لايحبس لمولاه لأن المولى لايستوجب عليه دينا ، ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لأن كسبه لمولاه فكيف يحبس له ، فإن كان عليه دين حبس لأنه للغرماء فى التحقيق ، ويحبس مولى المكاتب للمكاتب إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لأن فى الجنس له حق أخذه . فإذا أخذ يلتقيان قصاصا وفى غير جنسه لاتقع المقاصة . والمكاتب فى أكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله ، أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لأنه بالامتناع لايصير ظالما ، ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لأنه لايتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية . وعن بعض مشايخنا هما سواء لأنه يتمكن من إسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لأن المولى لايستوجب على عبده دينا ، وفى ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون .

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لايتحقق فى الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى الحبس ، والعمل بكتاب القاضى إلى القاضى على خلاف القياس لأنه لايزيد على إخباره بنفسه ، والقاضى لو أخبر قاضى

لهما أف ، واخفض لهما جناح الذل من الرحمة - (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه لأن فيه إحياء ولده) وفى تركه سعى فى هلاكه . ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إتلاف مال الولد (ولأن النفقة تسقط بمضى الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فافترقا ، وكذا لايحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين ، فإن كان حبس لأن ذلك لحق الغرماء ، وكذا العبد لمولاه لأنه لايستوجب عليه دينا ، وكذا الدين مكاتبه إذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة ، وإذا كان من غير جنسه لاتقع المقاصة ، والمكاتب فى حق أكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لأجله ، وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من إسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس فى غيره لأنه لايتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية . وقيل تجب التسوية بينهما لأنه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة ، والله أعلم .

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضا ، إلا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين ، والواحد قبل الاثنين ، والقياس يأبى جواز العمل به لأنه لايكون أقوى من عبارته ، ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب إليه وعبر بلسانه عما فى الكتاب لم يعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم إلا أنه جوز لحاجة الناس لما روى أن عليا رضى الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء .

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

قال (ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق إذا شهد به عنده) للحاجة على مانبين (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لأن القضاء على الغائب لايجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب الحكمى ،

البلد الأخرى بأنه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان على فلان الكائن فى بلد القاضى الآخر لم يجز العمل به لأن إخبار القاضى لايثبت حجة فى غير محل ولايته فكتابه أولى أن لايعمل به ، لكنه جاز بإجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس إلى ذلك ، فإن الإنسان قد لايقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بأن كان فى بلدين فجوّز إعانة على إيصال الحقوق لمستحقيها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فإن الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذاك لأن هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة مافيه إلى القاضى المرسل وأنه ختمه . وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان «أنه عليه الصلاة والسلام كتب : أن ورّث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها» رواه أبو داود والترمذى وأجمع الفقهاء عليه . لايقال : لانسلم مساس الحاجة إلى كتاب القاضى لأن الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضى الثانى فلم يحتج إليه لأنا نقول : فى الشهادة على الشهادة يحتاج القاضى الثانى إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك فى بلده ، وبالكتاب يستغنى عن ذلك لأنه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق) أى التى تثبت مع الشبهات ، بخلاف الحدود والقصاص (إذا شهد به) أى بالكتاب (عند القاضى) المكتوب إليه على مانبين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب . ثم فصل فقال (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا وهو من ينصبه القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه ، وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضى الآخر ، لأن الخصم حاضر عند هذا القاضى وقد حكم عليه (و) إذا حكم (كتب بحكمه) إلى قاضى البلد التى فيها الموكل ليقتضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) فى عرفهم (وإذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم) لأنه حينئذ قضاء على غائب (و) إنما (يكتب بالشهادة إلى القاضى الآخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمى) فى عرفهم نسبوه

قال (ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها إذا شهد به بضم الشين عند المكتوب إليه للحاجة ، وهو نوعان : المسمى سجلا ، والمسمى الكتاب الحكمى ، وذلك لأن الشهود إما أن يشهدوا على خصم أو لا . وتنكيره يشير إلى أنه ليس المدعى عليه إذ لو كان إياه لما احتيج إلى الكتاب ، والكتاب لابد منه لئلا يقع القضاء على الغائب . فالمراد به كل مايمكن أن يكون خصما ، فإن كان الأول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لأن السجل لايكون إلا عند الحكم ، وإن كان الثانى لم يحكم لأنه قضاء على الغائب وهو عندنا لايجوز ، وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه وهو الكتاب الحكمى . والفرق بينهما أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به ، وأما الثانى فإن وافقه نفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به ، وقد يشير إلى ذلك

(قوله ليحكم بها المكتوب إليه) أقول : وما يفعله القضاة من إرسال المدعى عليه مع المدعى إلى القاضى الكاتب إذا طلب ذلك منهم فلعل مستندهم فيه ماسيجىء فى هذا الكتاب والنهاية وغيرها فى شرح قوله ولا يقضى القاضى على غائب (قوله وإلا فلا) أقول : بأن كان مما اختلف فيه الفقهاء .

وهو نقل الشهادة فى الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى ، وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة . وقوله فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف لايحتاج فيه إلى الإشارة ، ويقبل فى العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد ،

إلى الحكم باعتبار مايئول (وهو فى الحقيقة نقل الشهادة) إلى ذلك القاضى ، وسنذكر شروط الحكم من القاضى الثانى به . والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وإن كان المكتوب إليه لايرى ذلك الحكم لصدور الحكم فى محل مجتهد فيه ، والكتاب الحكمى لايلزم إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم فى محل اجتهاد فله أن لايقبله ولا يعمل به (ويندرج فى الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف غير محتاج إلى الإشارة) واستشكل بأن فى دعوى النكاح لابد من الإشارة إلى الرجل وإلى المرأة ، وكذا فى الأمانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الأعيان المدعى بها . وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه ، وذلك لايحتاج إلى الإشارة لأنها من الأفعال ، وإن كان يلزم فى ضمنه الإشارة إلى الرجل والمرأة إذ كل خصم ، والإشارة إلى الخصم شرط . ولا يخفى مافيه لأن الإشارة إذا لزمته بأى طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضى الكاتب . فالحق أن الإشارة لاتلزم من الأصول إلى الخصم الغائب ، بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة ، فإذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر إن شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب فى الدين والعبد (ويقبل فى العقار أيضا) إذا بين حدودها الأربع (لأن التعريف يحصل به

قوله وهو نقل الشهادة فى الحقيقة وتختص بشرائط منها العلوم الخمسة . وهى أن تكون من معلوم إلى معلوم فى معلوم لمعلوم على معلوم ، وسنذكر ما عداها إن شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على مانبين ، وهو يشير إلى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم ، فكما جوز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك ، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد فى مناط الاستحسان . وقوله (يعنى القدورى) فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب) والأمانة المجحودة (والمضاربة المجحوده لأن كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان فى منزلته (قوله وهو يعرف) أى الدين (يعرف بالوصف) يشير إلى ثلاثة أشياء : إلى أن الدين إنما يجوز فيه الكتاب لأنه يعرف بالوصف لايحتاج إلى الإشارة ، وإلى أن مايحتاج فيه إلى الإشارة لايجوز فيه الكتاب ، وإلى أن الأمور المذكورة بمنزلة الدين فى أنها تعرف بالوصف لاتحتاج إلى الإشارة . واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج إليها فإن الشاهد يحتاج إلى الإشارة إلى الرجل والمرأة فى دعوى النكاح من الجانبين وكذلك فى الباقى فكانت بمنزلة الثياب والحيوان ، وكتاب القاضى إلى القاضى لايجوز فيها فى ظاهر الرواية . وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به إنما هو نفس النكاح والأمانة وغير ذلك مما هو من الأفعال ؛ ألا ترى أن الإشارة إلى الدائن والمديون لابد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالإجماع (ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد) وذلك لايحتاج إلى الإشارة

(قوله وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط) أقول : فإن قيل : إذا كان شرطا ينبغى أن لايجوز بدونه . قلنا : بجواز الاستحسان على خلاف القياس .

ولا يقبل فى الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقبل فى العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها . وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعها . وعن محمد رحمه الله أنه يقبل فى جميع ماينقل ويحوّل وعليه المتأخرون ،

ولا يقبل فى الأعيان المنقولة) كالحمار والثوب والعبد (للحاجة إلى الإشارة) فيها (وعن أبى يوسف أنه يقبل فى العبد دون الأمة لغلبة الإباق فى العبد) لأنه يخدم خارج البيت فإباقه متيسر فلمساس الحاجة فيه جوّزه ، بخلاف الأمة لأنها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره له (وعن محمد أنه يقبل فى جميع ما ينقل) من الدواب والثياب والإماء (وعليه المتأخرون) ونص الإسبيجابى على أن الفتوى عليه ، وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول ، فإن المانع منه ماكان إلا الحاجة إلى الإشارة فى الأعيان وهى غائبة فى بلد المكتوب إليه ، ولا شك أن فى الدين أيضا لا بد من الإشارة إلى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته فى الإثبات عليه ، وقبول القاضى الكاتب الشهادة عليه ، وما ذاك إلا لأن عند القضاء من الثانى يتحقق معنى الإشارة والتعيين ، ويتبين ذلك بإيراد الصور ، فصورة الدين إذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلانى أن يكتب كما ذكره الحسن فى المجرد من فلان قاضى كورة كذا إلى فلان قاضى كورة كذا سلام عليك فإنى أحمد إليك الله الذى لا إله إلا هو . أما بعد: فإن رجلا

(ولا يقبل فى الأعيان المنقولة للحاجة إليها) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه فى العبيد والجوارى (واستحسن أبو يوسف فى العبيد دون الإماء لغلبة الإباق فى العبد دون الأمة) فإن العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الإباق فتمس الحاجة إلى الكتاب بخلاف الأمة فإنها تخدم داخل البيت غالبا (وعنه) أى عن أبى يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعها) يعنى الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح أدب القاضى . وصفة ذلك بخارىّ أبق عبد له إلى سمرقند مثلا فأخذه سمرقندى وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضى بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب إلى ذلك ويكتب : شهد عندى فلان وفلان بأن العبد الذى من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما مافيه ويرسلهما إلى سمرقند ، فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعى ولا يقضى له به ، لأن شهادة شاهدى الملك لم تكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد ويجعل فى عنق العبد خاتما من رصاص كى لايتهم المدعى بالسرقة ، ويكتب كتابا إلى قاضى بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى مافى الكتاب ، فإذا وصل إلى قاضى بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعى بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه ، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضى بما ثبت عنده ليبرأ كفيله . وفى رواية عن أبى يوسف أن قاضى بخارى لايقضى للمدعى بالعبد لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابا آخر إلى قاضى سمرقند فيه ماجرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ومافيه ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضى له بحضرة المدعى عليه ، فإذا وصل الكتاب إليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل ، وصفة الكتاب فى الجوارى صفته فى العبيد غير أن القاضى لايدفع الجارية إلى المدعى ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ، ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا : هذا استحسان فيه بعض قبح ، فإنه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لأن الحلية والصفة تشتبهان فإن المختلفين قد يتفقان فى الحلى والصفات فالأخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل فى جميع ماينقل ويحوّل وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعى فى قول .

أتانى يقال له فلان بن فلان وذكر أن له حقا على رجل فى كورة كذا ولم يذكر فى المجرد يقال له فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى ولا بد منه كما سنذكر ، وسألنى أن أسمع بينته وأكتب إليك بما يستقرّ عندى من ذلك ، فسألته البينة فأتانى بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندى أن لفلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا درهما دينا حالا . وسألنى أن أحلفه بالله ماقبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشىء منها وحلفته فحلف بالله الذى لا إله إلا هو ماقبض من هذا المال الذى قامت به البينة عندى ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنها له عليه فسألنى أن أكتب له كتابا إليك بما استقرّ عندى من ذلك فكتبت إليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهود أنه كتابى وخاتمى وقرأته على الشهود . قال ثم يطوى الكتاب ويختم عليه ، فإن ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا إلى فلان قاضى كورة كذا ثم يدفعه إلى المدعى . فإذا أتى به المدعى إلى القاضى الذى بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضى إليه سأله البينة على كتاب القاضى ، ولا ينبغى أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم ، فإذا أحضره وأقرّ أنه فلان بن فلان الفلانى قبل بينته وسمع منه . فإن أنكر قال له جئنى بالبينة أن هذا فلان بن فلان الفلانى ، فإن جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على أن هذا كتاب القاضى الذى ذكر . فيقول لهم : أقرأ عليكم ما فيه ، فإذا قالوا قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه وختمه فإذا سمع منهم لايفك الخاتم حتى يسأل عنهم ، فإذا عدلوا لايفكه أيضا حتى يحضر الخصم . فإذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه ، فإن أقرّ ألزمه إياه . وإن أنكر قال ألك حجة وإلا قضيت عليك ، فإن لم يكن له حجة قضى عليه ، وإن كانت له حجة قبلها ، وإن قال لست أنا فلان بن فلان الذى شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر ، قال له هات بينة أن فى هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب إليه وإلا ألزمتك ماشهد به الشهود . فإن جاء ببينة على أن فى تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب إليه أبطل الكتاب ، وإن لم يكن فى تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى . فقد علمت أن التعيين الذى هو المقصود بالإشارة يحصل بآخره الأمر قبل القضاء عليه ، وفى هذه الصورة مواضع وإن كانت ظاهرة ننبه عليها : منها قوله فى شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها ، وقالوا لو كتب وأقام بشهودا عدولا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم ، وعندى لابد أن يقول أحرار عدول إذا لم يسمهم . والذى يظهر من كلام محمد وغيره أنه لابد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته إن تاجرا فتاجر أو مزارعا فزارع ، والمقصود تتميم تعريف الشهود ، ثم يذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لأن الخصم إذا أحضره الثانى قد يكون له مطعن فيهم أو فى أحدهم فلابد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن إن كان ، وإلا فيقول سموهم لى فإنى قد يكون لى فيهم مطعن . ومنها قوله إلى فلان قاضى كورة كذا إنما يصح إذا كان القاضى واحدا فإن كان لها قاضيان لايصح . ومنها قوله فى المدعى يقال له فلان بن فلان يتم التعريف فى قولهما وعنده لابد من ذكر الجد ، وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم الأب لكن نسبه إلى قبيلته أو فخذه فقال فلان التميمى أو الكوفى وما أشبه ذلك لايكون

قال (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة ، بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم ، وبخلاف رسول

تعريفا بالاتفاق وإن كان مشهورا لايحتاج إلى هذا . وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعى أنه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافا فى المسافة التى يجوز فيها كتاب القاضى إلى القاضى ، فجماعة من مشايخنا قالوا : لايجوز فيما دون مسافة القصر ، وبه قال الشافعى وأحمد فى وجه . وحكى الطحاوى عن أبى حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون مسافة القصر ، وقال بعض المتأخرين : هذا قول أبى يوسف ومحمد وبه قال مالك ، والذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة أنه لايجوز كالشهادة على الشهادة . ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو أوثق كما قال . ومنها قوله وعدلوا ظاهر فى أنه لايفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر ، وإن كانت دارا قال وادعى أن له دارا فى بلد كذا فى محلة كذا وذكر حدودها فى يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام . ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحسانا خلافا لزفر ، ولو غلطوا فى بعض الحدود بطل الكتاب . وصورة كتاب العبد الآبق من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندى فلان وفلان بأن العبد الهندى الذى يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى ، وقد أبق إلى الإسكندرية وهو اليوم فى يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين إلى الإسكندرية على مافيه وعلى ختمه كما سيذكر ، فإذا وصل وفعل القاضى ماتقدم وفتح الكتاب دفع العبد إلى المدعى من غير أن يقضى له به لأن الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعى لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعى ويجعل خاتما من القاضى فى كتف العبد ولا حاجة إلى هذا إلا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته ، فإذا لم يكن لاحاجة ويكتب كتابا إلى قاضى مصر ويشهدان على كتابه على ماعرف ، فإذا وصل الكتاب إليه فعل مايفعل المكتوب إليه ، ثم يأمر المدعى أن يحضر شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه ملكه ، فإذا شهدوا قضى له به وكتب إلى قاضى الإسكندرية بما ثبت عنده ليبرئ كفيله . وفى بعض الروايات أن قاضى مصر لايقضى بالعبد للمدعى لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابا آخر إلى قاضى الإسكندرية ويذكر فيه ماجرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه إليه ليقضى به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل . وصورته فى الجوارى كما فى العبد ، إلا أن القاضى المكتوب إليه لايدفع الجارية إلى المدعى بل يبعثها على يد أمين لاحتمال أنه إذا أرسلها مع المدعى يطؤها لاعتماده أنها ملكه . قال فى المبسوط : ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا : هذا فيه بعض القبح ، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهرا ويستغله ، فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ، ولا يخفى أن ضم محمد مع أبى حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه ، وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة ، وإذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها فى بلد القاضى المكتوب إليه لابد أن تجعل من قبيل الأمة فيجرى فيها مايجرى فيها لأنه يبعد أن تجرى مجرى الديون ، لأنها إذا قالت لست أنا فلانة المشهود على أنها زوجة المدعى المذكور ولم تقدر على بينة أن فى قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع إلى المدعى يطؤها (قوله ولا يقبل الكتاب) أى لا يقبل المكتوب إليه الكتاب (إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضى فلان الكاتب وأنه ختمه وإن

قال (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين الخ) لايقبل كتاب القاضى إلى القاضى إلا بحجة تامة شهادة رجلين

(قال المصنف : ولا يقبل الكتاب) أقول : أى لايعمل به لا أنه لا يأخذه ليخالف ماسيجيء من قوله فإذا سلمه .

القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية .

فيه كذا وكذا ، ولابد من إسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب القاضي المسلمين ، ولو كان الكتاب الذي على ذمي لأنهم يشهدون على فعل المسلم ، وهذا لأن قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة إذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الأنكحة والوصايا ، وهذا لايتحقق في كتاب القاضي وختمه ، ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه ، وكذا الحسن أسند الخصاف إلى عمرو بن أبي زائدة أو عمير قال : جئت بكتاب من قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي إليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة ، فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الكتاب إلى زياد فقل له أرسل إلى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها إلى هذا ، وبه قال أبو ثور والإصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية ، فالشرط عندهم أن يكون المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان ، وعلى رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي . قلنا : الفرق أن هذا نقل ملزم ، إذ يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به ، ولابد للملزم من الحجة وهي البينة ، بخلاف كتاب أهل الحرب فإنه ليس ملزما إذ الإمام أن يعطيهم ماطلبوه ، وله أن لا . وأما الرسول فلأن التزكية ليست ملزمة ، وإنما الملزم هو البينة . وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلأن غاية رسوله أن يكون كنفسه، وقلمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لايقبله ، وكان القياس في كتابه كذلك إلا أنه أجيز بإجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه . فإن قلت : فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب إلا إلى قاض آخر غيره ؟ فالجواب يجوز أن يكون قال إلى إياس القاضي بالبصرة وإلى كل قاض يراه من قضاة المسلمين ، فإنه إذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع إليه أن يعمل به بلا خلاف ، بخلاف ما لو كتب من الأول إلى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لايجوز العمل به لأحد من القضاة ، وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة : وعليه عمل الناس اليوم .

أو رجل وامرأتين ، أما اشتراط الحجة فلأنه ملزم ولا إلزام بدونها ، وأما قبول رجل وامرأتين فلأنه حق لايسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق ، وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب . وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان : يعني إذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة ، حتى لو أمّنه الإمام صح لأنه ليس بملزم ، فإن للإمام رأيا في الأمان وتركه ، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي وعكسه فإنه يقبل بغير بينة لأن الإلزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة ، ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح ، وقوله وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي قيل قد يشير إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها ، والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فإنه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في علمه ، لأن القياس يأبى جوازهما ، وفرق بينهما بوجهين : أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس . والثاني أن الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء

(قوله ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ) أقول : في هذا التنوير بحث ، فإن صحة القضاء أمر والإلزام أمر آخر لتحقق الأول بدون الثاني . وجوابه أن صحة الحكم قبل التزكية إذا كانت بالشهادة والإلزام بعدها فيكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول : في وجه الإشارة خفاء لايخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه ببينة) أقول : على كونه رسول القاضي .

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لاشهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم) كي لايتوهم التغيير ، وهذا عند أبي حنيفه ومحمد، لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط ، وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا : شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة . واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله .

[فرع] يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لأنه يثبت مع الشبهات . ولو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير ، ففي الفتاوى لايقبل لأن إيجاب العمل بالبينة ، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه . وفي الاستحسان : يجوز للأمير أن يمضيه لأنه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره ، ولأنه لو أرسل إليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به . فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب القاضي الى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها . والحاصل إن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرؤه عليهم أو يعلمهم ما فيه : أي بإخباره لأنه لاشهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لايفيد مالم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية . ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا بد أن يكون الكتاب معنونا : أي مكتوبا فيه العنوان الذي قلمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب إليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن ، فإن لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لايقبله لتهمة التغيير ، وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فإنه لابد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا : شيء من ذلك ليس بشرط ، فالشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه) بعد ما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا أن الختم ليس بشرط أيضا) رخص في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ، وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولاشك

فكأن كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة ، وأما الرسول فقائم مقام المرسل ، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض ، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا . قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ، ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة ، قال الله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون - ويختمه بحضرتهم ويسلمه إلى الشهود كي لايتوهم التغيير إذا كان بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما . وقال أبو يوسف : إنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعي ويدفع إليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم ، فإن فات شيء من الأمور المذكورة لايقبل الكتاب عندهما . وقال أبو يوسف آخرا : شيء من ذلك ليس بشرط ، بل إذا أشهدهم القاضي أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على

(قال المصنف : ويسلمه إليهم) أقول : قال في النهاية : أي إلى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة ، وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود ، كذا وجدت بخط شيخي انتهى . ثم قال : وأجمعوا في الصك أن الشهادة لاتصح مالم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه .

قال (وإذا وصل إلى القاضى لم يقبله إلا بحضرة الخصم) لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره ، بخلاف سماع القاضى الكاتب لأنه للنقل لا للحكم .

عندى فى صحته فإن الفرض إذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه ، نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغى أن يشترط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظا ، فالوجه إن كان الكتاب مع الشهود أن لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم ، بل تكفى شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم ، وإن كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ ، فلو لم يكتب لا يقبل ، وذلك لينظر هل هو كان قاضيا فى ذلك الوقت أو لا ، وكذا إن شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل . وفى خزانة الفقه : يجوز كتاب القاضى إلى القاضى فى المصرين ، ومن قاضى مصر إلى قاضى رستاق ، ولا يجوز من قاضى رستاق إلى قاضى مصر انتهى . والذى ينبغى أن بعد عدالة شهادة شهود الأصل والكتاب لا فرق ، ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبى فلان إلى أبى فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى . وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبى حنيفة على رواية أبى سليمان . ولا تجوز فى سائر الروايات لأن الناس يشتركون فى الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكنى هو الذى اشتهر بها أو غيره ، بخلاف ما لو كتب إلى قاضى بلدة كذا فإنه فى الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية ، ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضا بل إذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى (قوله وإذا وصل إلى القاضى لم يقبله إلا بمحضر من الخصم) وفى بعض النسخ : لم يفتك إلا بمحضر من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم ، والمراد أنه لا يقرؤه إلا بحضوره لا مجرد قبوله فإنه لا يتعلق به حكم ، وترتيب الحال أنه إذا وصل المدعى إلى القاضى جمع بينه وبين خصمه ، فإن اعترف استغنى عن الكتاب ، وإن أنكر قال له هل لك حجة ، فإن قال معى كتاب القاضى إليك طالبه بالبينة عليه ، فإذا حضروا أحضر خصمه إن لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته أنه كتاب القاضى سلمه إلينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتكه وقرأه عليه ، وإنما لم يقرأه إلا بحضوره (لأنه) أى الكتاب فى المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لأن القاضى ينقل ألفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته (بخلاف القاضى الكاتب) فإنه يسمع من الأصول الشهادة وإن كان الخصم المدعى عليه غائبا (لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الأصل ، وفى التحمل

الكتاب والختم عند القاضى المكتوب إليه كان كافيا . وعنه أن الختم ليس بشرط أيضا سهل فى ذلك لما ابتلى بالقضاء ، وإنما قال آخرا لأن قوله الأول مثل قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . واختار شمس الأئمة السرخسى قول أبى يوسف تيسيرا على الناس . قال (وإذا وصل إلى القاضى لم يقبله إلا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضى الكاتب شرع فى بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه ، فإذا وصل الكتاب

(قال المصنف : وإذا وصل إلى القاضى لم يقبله إلا بحضرة الخصم) أقول : وفى المحيط : ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ، ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضى من غير حضرة الخصم لا يجوز ، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه . وفيه أيضا الأولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وإن فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله لما فرغ ، إلى قوله : بجانب المكتوب إليه) أقول : وأنت خبير أن قوله ولا يقبل الكتاب إلا الخ من الأحكام المتعلقة بالمكتوب إليه ؛ وجوابه أن قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية

قال (فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على مامر . ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح . والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، كذا ذكره الخصاف رحمه الله لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ،

لا يشترط حضور الخصم كذا هذا ، وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد ، وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة أنه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فإذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا . قال المصنف (والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، ذكره الخصاف) واحترز به عما ذكر في المغني فإنه قال فيه : وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ، ثم قال : ماذكر محمد أصح : أي تجويز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه . ووجهه المصنف بما ذكره الخصاف

إليه لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأن ذلك بمنزلة أداء الشهادة ، وذلك لا يكون إلا بمحضر الخصم ، فكذلك هذا ، بخلاف سماع القاضي الكاتب فإنه جاز بغيبة الخصم لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وإن كان بغيبته . وقال في شرح الأقطع : وقال أبو يوسف : يقبله من غير حضور الخصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه فكان له أن يقبله ، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به . قال (فإذا سلمه الشهود إليه الخ) إذا سلم الشهود الكتاب إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : إذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر أنه لم يشترط شيئا من ذلك ، ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فإذا شهدوا وعدلوا . قال المصنف : والصحيح أنه يفض الكتاب : أي يفتحه بعد العدالة ، كذا ذكره الخصاف لأنه إذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي إلى أن يزيد في شهوده ، وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه ، فأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك ، وهذا يرى أنه دور ظاهر ، فإن المدعي إنما يحتاج إلى زيادة الشهود إذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر ، فأما إذا لم تكن شرطا فكما أدوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج إلى زيادة شهود . والجواب أنا لانسلم أنه لا يحتاج إلى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج إليها إذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن . وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب ، وفيه نظر لأن فك الخاتم عمل للكتاب لا به ، ولعل الأصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود ، كذا نقله الصدر الشهيد في المغني . والمكتوب إليه إنما يقبل الكتاب إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء

وعلمها من أحكام الكاتب (قوله فأما إذا لم يكن شرطا) أقول : كما هو مذهب أبي حنيفة على ماسيجيء في الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول : قوله وقد استدل : أي بوجه آخر ، وقوله على ذلك : أي على اشتراط العدالة (قوله بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول : لايخفى عليك عدم تكرار الحد الأوسط فإن الباء في الصغرى للملابسة وفي الكبرى للسببية . وأيضا القائل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول : فيه تأمل .

وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء ، حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لايقبله لأنه التحق بواحد من الرعايا ، ولهذا لايقبل إخباره قاضيا آخر فى غير عمله أو فى غير عملهما ، وكذا لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعا له وهو معرّف ،

من أنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود بأن ارتاب فى هؤلاء فيقول زدنى شهودا ، ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين إلا حال قيام الختم .

[فرع] لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضى إلى قاضى بلده فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضى المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضى تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضى ، فكما جوّزنا للأول الكتابة نجوّز للثانى والثالث وهلم جرا للحاجة . ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التى سمعها من شهود الكتاب ، بل يعيد المدعى شهادتهم لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وإنما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وإنما يقبله المكتوب إليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به ، وهو أن يكون القاضى الكاتب على قضائه إلى أن يمضى أمر الكتاب ، فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل إلى المكتوب إليه أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى ، قالوا أو فسق ، وإنما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب . قال أبو يوسف والشافعى : يعمل به ، وبه قال أحمد لأن كتاب القاضى إلى القاضى كالشهادة على الشهادة ، لأنه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده إلى المكتوب إليه ، والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الأصل بعد أداء الفرع فإنه لايمنع القضاء . وحاصل الجواب فى الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه ، لأن هذا النقل بمنزلة القضاء ، ولهذا لايصح إلا من القاضى فلا يتم إلا بوجوب القضاء ولا يجب إلا بقراءته ؛ وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله ، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لايوجب عليه شيئا فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعنى قبل تمام القضاء (ولهذا لايقبل إخباره قاضيا آخر) غير المكتوب إليه (فى غير عمله أو غير عملهما) ولو كان على قضائه لأنه بالنسبة إلى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالإجماع ، ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب إليه ، هكذا ذكر فى ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب إليه) أو عزل وولى غيره لايعمل الذى قام مقامه عندنا (إلا إذا) كان (كتب إلى فلان قاضى بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعا له) وقد قدمنا ما هنا ، وقال الشافعى وأحمد : يعمل به لأن المعوّل عليه شهادة الشهود على ماتحملوه ، ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار

بجنون أو إغماء أو فسق إذا تولى وهو عدل ثم فسق على مامر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب . وقال أبو يوسف فى الأمالى : يعمل به ، وهو قول الشافعى رحمهما الله ، لأن كتاب القاضى إلى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق إلى المكتوب إليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء وأنه لايمنع القضاء . ولنا القول بالموجب وهو أن الكاتب وإن كان ناقلا إلا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لايصح إلا من القاضى ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ، ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة ، وما وجب على القاضى

بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لأنه غير معرّف ، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود والقصاص) لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ، ولأن مبناهما على الإسقاط وفى قبوله سعى فى إثباتهما .

كما لو كتب والى كل قاض وصل إليه . وأجيب بأن الكاتب لما خص الأول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته ، والقضاة متفاوتون فى أداء الأمانة فصح التعيين ، بخلاف ما إذا أردفه بقوله وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكأن الكل مكتوب إليهم معينين . أما لو كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقلمنا أنه أجازه أبو يوسف وهو مذهب الشافعى وأحمد ومنعه أبو حنيفة ، والظاهر أن محمدا مع أبى حنيفة . والوجه قول أبى يوسف لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود والقصاص) وهو قول الشافعى . وفى قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لأن الاعتماد على الشهود وقد شهدوا . قلنا (لأن فيه) أى فى كتاب القاضى (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لايقام بها الحد لأن مبنى الحدود والقصاص على الإسقاط بالشبهات (وفى قبول الكتاب سعى) واحتياط (فى إثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو فى قوله ولأن مبناهما الخ.

بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه،ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله إليه وقبل قراءته عليه فبطل كما فى سائر الأقضية إذا مات القاضى قبل إتمامها . واستدل المصنف بقوله لأنه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لايقبل إخبار قاض آخر فى غير عمله أو فى غير عملهما ، وهذا ظاهر فيما إذا عزل ، أما فى الموت أو فى الخروج عن الأهلية فليس بظاهر لأن الميت والمجنون لايلتحقان بواحد من الرعايا ، ويمكن أن يقال : يعلم ذلك بالأولى ، وذلك لأنه إذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة ، فلأن لايبقى بعد الموت أو الخروج عن الأهلية أولى ، وكذا لو مات المكتوب إليه بطل كتابه . وقال الشافعى : يعمل به من كان قائما مقامه فى القضاء كما لو قال والى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين . ولنا أن القاضى الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته ، والقضاة يتفاوتون فى أداء الأمانة ، فصاروا كالأمناء فى الأموال ، وهناك قد لايعتمد على كل أحد ، فكذا ههنا إلا إذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله إلى فلان بن فلان قاضى بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، لأنه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم إلى معلوم ثم صير غيره تبعا له ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضى بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين فإنه لايصح عند أبى حنيفة . وقيل الظاهر أن محمدا معه لأنه من معلوم إلى مجهول ، والعلم فيه شرط كما مر وهو ردّ لقول أبى يوسف فى جوازه ، فإنه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للأمر على الناس (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود والقصاص) وقال الشافعى فى قول : يقبل لأن الاعتماد على الشهود (ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهى غير مقبولة فيهما (ولأن مبناهما على الإسقاط وفى قبوله سعى فى إثباتهما) .

(قال المصنف : بخلاف ما إذا كتب ابتداء الخ) أقول : قال ابن الهمام فى شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ . وأجازه أبو يوسف أيضا . قال فى الخلاصة : وعليه عمل الناس اليوم اهـ .

(فصل آخر)

(ويجوز قضاء المرأة فى كل شىء إلا فى الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

والله أعلم . واعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة فى الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ماذكر فى الخلاصة وغيرها : فى رجل وامرأة ادّعيا ولدا وقالا هومعروف النسب منا هو فى يد فلان استرقه فى بلدة كذا وطلبا الكتاب لايكتب فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وإن ادّعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب باالاتفاق لأنه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبدى .

[فرع] هل يكتب القاضى بعلمه ؟ فى الخلاصة هو كالقضاء بعلمه ، والتفاوت هنا أن القاضى يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع ، كذا قال بعضهم . ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضى وسأل أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد فى محل المكتوب إليه ويكتب فى الدين المؤجل ويبين الأجل ليطالبه إذا حل هناك ، ولو قال استوفى غريمى دينه أو أبرأنى منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التى هو فيها وأخاف أن يأخذنى به ؛ فعند محمد يكتب ، وعند أبى يوسف لايكتب . وأجمعوا أنه لو قال : جحدنى الاستيفاء أو الإبراء مرة يكتب ، وكذا إذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب ؟ هو على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد ، وكذا امرأة ادّعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا . ولو قالت طلقنى ثلاثا وانقضت عدتى وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضى سله حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضى يسأله بلا خلاف . والقياس فى الكل سواء وهذا احتياط .

(فصل آخر)

(قوله ويجوز قضاء المرأة فى كل شىء إلا فى الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة : لايجوز لأن المرأة ناقصة

(فصل آخر)

قال فى النهاية : قد ذكرنا أن كتاب القاضى إذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضى المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان فى محل مجتهد فيه ، بخلاف الكتاب الحكمى فإن الرأى له فى التنفيذ والرد ، فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر أصل يجمعها ، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به ، وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب القاضى إلى القاضى ، لكن قوله آخر ينافى ذلك لأنه ليس فى ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر . والأولى أن يجعل هذا فصلا آخر فى أدب القاضى ، فإنه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر . قال (ويجوز قضاء المرأة فى كل شىء إلا فى الحدود والقصاص الخ) قضاء المرأة جائز عندنا فى كل شىء إلا فى الحدود

(فصل آخر)

(قوله والأولى أن يجعل هذا فصلا آخر ، إلى قوله : وهذا فصل آخر) أقول : نعم هذا فصل آخر فى أدب القاضى، لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضى إلى القاضى بدون أن يورده عقيب الفصل الأول يحتاج إلى سبب ، وذلك ما قاله صاحب النهاية .

وقد مرّ الوجه (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذنا بالاستخلاف دلالة

العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال فى محافل الخصوم ، قال صلى الله عليه وسلم « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » رواه البخارى . قال المصنف (وقد مرّ الوجه) يعنى وجه جواز قضائها ، وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية . وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية ، ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص ، والأحسن أن يجعل كلا منهما . والمصنف لم ينصب الخلاف ليحتاج إلى الجواب عن الدليل المذكور . والجواب أن ماذكر غاية مايفيد منع أن تستقضى وعدم حله ، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أوحكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا ؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها ، وليس فى الشرع سوى نقصان عقلها ، ومعلوم أنه لم يصل إلى حدّ سلب ولايتها بالكلية ؛ ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة فى الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة ، ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز فى الفرد خلافه ؛ ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا : الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال ، ولذلك النقص الغريزى نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن عدم الفلاح ، فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال ، وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) فى صحة ولا مرض (إلا أن يفوض ذلك إليه) فيملكه كما أنه إذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه وهذا (لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض فى وقته مايمنعه كان لا إلى خلف ، ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض

والقصاص اعتبارا بشهادتها ، وقد مرّ الوجه : أى فى أول أدب القاضى أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهى أهل للشهادة فى غير الحدود والقصاص فهى أهل للقضاء فى غيرهما . وقيل أراد به مامر قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن مافيه شبهة البدلية لايعتبر فيهما ، وشهادتها كذلك كما سيجىء وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء) بعذر وبغيره (إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به) أى بالقضاء (فصار كالوكيل) لايجوز له التوكيل إلا إذا فوّض إليه ذلك (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يستخلف لأن أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته) بوقت يفوت الأداء بانقضائه (فكان الأمر به من الخليفة إذنا له بالاستخلاف دلالة) لكن إنما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لأنها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لأن المستخلف بان لا مفتتح . واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز ، وهو مفتتح فى هذه الحالة لم يشهد الخطبة . وأجيب بأنه لما صح شروعه فى الجمعة وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة . وأرى أن إلحاقه بالبانى لتقدم شروعه فى تلك

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول : القائل صاحب النهاية وفيه تأمل (قال المصنف : بخلاف المأمور بإقامة الجمعة) أقول : قال فى الكافى مطلقا اهـ . أى مطلقا عن الإذن بالاستخلاف .

ولا كذلك القضاء . ولو قضى الثانى بمحضر من الأول أو قضى الثانى فأجاز الأول جاز كما فى الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأى الأول وهو الشرط ، وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح .

فكان المولى له آذنا فى استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة ، أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعة ، بخلاف مالو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن المأمور هناك بان وليس بمفتتح ، والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد فى حق الأصل ، ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وإن لم يشهد الخطبة لأن شروعه فيها صحيح ، وبهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما ، وبخلاف المستعير فإن له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها ، بخلاف ولاية القضاء فإنما هى إذن فى أن يعمل لغيره ، وهذا ماقالوا : من قام مقام غيره لغيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه . ومن قام مقام غيره لنفسه كان له . وبخلاف الوصى يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضا لأن ثبوتها بعد الموت ، وربما يعجز الوصى عن المباشرة بنفسه والموصى قد مات فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيصاء الإذن بالاستخلاف . وقوله (ولو قضى الثانى بمحضر من الأول أو قضى) بغيبته فبلغه (فأجاز جاز كما فى الوكالة) إذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته أو بغيبته فأجازه نفذ (لأنه حضره رأى الأول وهو الشرط) فإنه المقصود بتوكيله ، وتحقيق حاله أنه فضولى ابتداء وكيل انتهاء ، ولا يمتنع إذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء مالا يجوز فى الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء أو هو كونه ليس مما حضره رأيه (وإذا فوّض إليه) الاستخلاف (يملكه فيصير الثانى نائبا عن الأصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الأول عزله) إلا إذا كان المقلد قال له ولّ من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله ، أو قال جعلتك قاضى القضاة فإن قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا ،

الصلاة أولى فتأمل . (قوله ولا كذلك القضاء) أى ليس القضاء كالجمعة لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر ، فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها فى الوقت فقد رضى بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثانى بمحضر من الأول أو قضى الثانى) عند غيبة الأول (فأجازه الأول جاز) إذا كان من أهل القضاء (كما فى الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الأول أو أجازه الأول جاز . وقوله (لأنه حضره رأى الأول) يصلح دليلا للمسئلتين ، أما فى هذه المسئلة فلأن الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله ، والحكم الذى حضره القاضى أو أجازه قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به ؛ وأما فى الوكالة فسيجىء فى كتاب الوكالة قيل الإذن فى الابتداء كالإجازة فى الانتهاء فلم اختلفا فى الجواز وعلمه . وأجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقيدا به (قوله وإذا فوّض إليه يملكه) أى إذا قال الخليفة للقاضى ولّ من شئت كان له أن يولى غيره (فيصير الثانى نائبا عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله) لأنه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الأول عزله ، وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يتعدى إلى غير مافوّض إليه ، فإذا قال الخليفة ولّ من شئت واقتصر على ذلك كان أمرا له بالتولية ، والعزل خلافه ، وإذا أضاف إلى

(قوله وأن الحكم الذى الخ) أقول : التعويل على الجواب الثانى .

قال (وإذا رفع إلى القاضى حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولا لادليل عليه . وفى الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء فقاضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

وفيه خلاف الشافعى وأحمد (قوله وإذا رفع إلى القاضى حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة) المشهورة (أو الإجماع بأن يكون قولا لادليل عليه) وفى بعض نسخ القدورى : أو يكون قولا الخ (وفى الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) قالوا : إنما أعاده لأن فى عبارة الجامع فائدتين ليستا فى القدورى : إحداهما تقييده بالفقهاء ، أفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لاينفذ . قال شمس الأئمة : وهو ظاهر المذهب وعليه الأكثر . والثانية التقييد بكون القاضى يرى غير ذلك ، فإن القدورى لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده أنه إذا كان رأيه فى ذلك موافقا لحكم الأول أمضاه ، وإن كان مخالفا له لايمضيه ، فأبانت رواية الجامع أن الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا : يعنى بالطريق

ذلك واستبدل من شئت كان أمرا له بهما فكانا له ، فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان إذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لأن قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة تقليدا وعزلا ، كذا فى الذخيرة . قيل ما الفرق بين الوصى والقاضى فإن كلا منهما مفوّض إليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض إلى غيره توكيلا وإيصاء ؟ وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية مابعد الموت ، وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع إلى الموصى فيكون الموصى له راضيا باستعانته بغيره ، ولا كذلك القضاء . وقيل القاضى يملك التوكيل والإيصاء ولا يملك التقليد ، والتعليل المذكور فى التقليد يجرى فيهما . وأجيب بأن المقلد يفعل مالا يفعله الوكيل والوصى فيكون توقع الفساد فى القضاء أكثر . قال (وإذا رفع إلى القاضى حكم حاكم أمضاه الخ) إذا تقدم رجل إلى قاض وقال حكم علىّ فلان القاضى بكذا وكذا نفذه إن لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمدا فإنه مخالف لقوله تعالى ـ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ـ أو السنة : أى المشهورة كالحكم بحلّ المطلقة ثلاثا للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثانى ، فإن اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة ، وقد ذكرناهما فى التقرير على ما ينبغى ، أو الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضى فى المجتهد فيه ، أو يكون قولا لا دليل عليه قيل كما إذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فإنه لادليل شرعى يدل على ذلك . وفى بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفا للأدلة المذكورة بسبب أن يكون قولا بلا دليل . وفى الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه . وفيه فائدتان : إحداهما أنه قيد بالفقهاء إشارة إلى أن القاضى إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لاينفذه المرفوع إليه على قول العامة كذا فى الذخيرة . والثانية أنه قيد بقوله

(قوله فيكون الموصى له راضيا) أقول : كى لاتفوت مصالحه (قوله وقيل القاضى يملك الخ) أقول : المذكور فى الفتاوى أن القاضى لايملك نصب الوصى إذا لم يكن ذلك مكتوبا فى منشوره فلا يحتاج إلى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول : يعنى قوله لأنه قلد القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول : فيه بحث ، بل هو احتراز عن الأحكام المخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع ، لكنها مستندة إلى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضا . قال فى الكافى : بأن يكون قولا لادليل عليه أى لادليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله إذا لم يعلم الخ) أقول : أنت خبير بأنه لادلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف ، إنما مفاده أن مااختلف الفقهاء فيه فى نفس الأمر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أولا ، فإنه أعم من كونه عالما . نعم ربما يفيد كون الثانى عالما بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الأول فتأمل .

الأولى ، ولا يخفى أنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف ، وإنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء فى نفس الأمر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه ، أو غير عالم فإنه أعم من كونه عالما ، ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذى حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثانى عالم بالخلاف ، وليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ والكلام فى القاضى الأول الذى ينفذ هذا الآخر حكمه ، وليس فيه دليل على أنه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة . نعم فى الجامع التنصيص على أنه ينفذه وإن كان خلاف رأيه ، وكلام القدورى يفيده أيضا فإنه قال : إذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم ينتظم ما إذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا ، وإنما فى الجامع النصوصية عليه إذا كان مخالفا . وقوله إلا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ، ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أو لا ، فشرط حل الاجتهاد أن لايكون مخالفا للكتاب أو السنة : يعنى المشهورة مثل « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فلو قضى بشاهد ويمين لاينفذ ويتوقف على إمضاء قاض آخر ذكره فى أقضية الجامع ، وفى بعض المواضع ينفذ مطلقا ، ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو مايكون مداول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه . فالأول مثل ـ حرمت عليكم أمهاتكم ـ الآية ، لوقضى قاض بحل أم امرأته كان باطلا لاينفذ . والثانى مثل ـ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ـ ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا ، وهذا لاينضبط فإن النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره ، فإذا منعناه يجاب بأنه مؤول بالمذبوح للأنصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف فى أنه مؤول أو ليس بمؤول ، فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه . نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد فى بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا ، ولذا نمنع نحن نفاذ القضاء فى بعض الأشياء ويجيزونه وبالعكس ، ولقد نقل الخلاف فى الحل عندنا أيضا وإن كان كثير لم يحكوا الخلاف . فى الخلاصة فى رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضى قال : وأما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما ، وعند أبى يوسف لايجوز انتهى . وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفا للإجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمعى أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده ، وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضى الله عنهما فى جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه ، فلو قضى به قاض لاينفذ حتى روى أنه رجع عنه ، وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لايعتبر بمخالفة البعض ، ولا يعنى أنه لايعتبر فى انعقاد الإجماع بل لايعتبر فى جواز الاجتهاد ، ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين وإلا لم يعتبر قضاء فى محل مجتهد فيه أصلا ، إذ ما من محل اجتهاد إلا وأحد الفريقين أقل من الفريق الآخر ، إذ لاينضبط تساوى الفريقين ولذا لم يمثلوه قط إلا بخلاف ابن عباس ونحوه ، وهو خلاف رجل واحد . فالمراد إذا اتفق أهل الإجماع على حكم فخالفهم واحد لايصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لاينفذ القضاء بقول ذلك الواحد فى مقابلة قول الباقين ، ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أو لا . والذى صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف إن سوغوا له

يرى غير ذلك إشارة إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفا للأدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه أو مخالفا ، فإنه إذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى ، ورواية القدورى ساكتة عن الفائدتين جميعا .

(قوله ورواية القدورى الخ) أقول عبارة القدورى أعم تتناول ما إذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وليس فى عبارة الجامع إلا التنصيص على ما إذا كان مخالفا ، ويعلم حال الموافقة بالأولوية كما ذكره إلا أنه لايثبت بهذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدورى فتدبر .

. . . .

اجتهاده لايثبت حكم الإجماع ، وإن لم يسوّغوا لايصير المحل مجتهدا فيه . قال : وإليه أشار أبو بكر الرازى لأن ذلك كما قال المصنف خلاف لااختلاف . ثم قال المصنف : المعتبر الاختلاف فى الصدر الأول : يعنى أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة . وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين ، وعليه فرّع الخصاف أن للقاضى أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لأنه مخالف لإجماع التابعين . وقد حكى فى هذا الخلاف عندنا ، فقيل هذا قول محمد ، أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ . وفى النوازل عن أبى يوسف لاينفذ القضاء به . فاختلفت الرواية عن أبى يوسف . وقال شمس الأئمة السرخسى : هذه المسئلة تنبنى على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد . وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لايرفع : يعنى اختلفت الصحابة فى جواز بيعهن ، فعن علىّ الجواز وعمر وغيره على منعه ، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضى به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله الثانى . وعندهما لما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع فى محل الاجتهاد فلا ينقضه الثانى ، ولكن قال القاضى أبو زيد فى التقويم : إن محمدا روى عنهم جميعا أن القضا ببيع أم الولد لايجوز ، فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف فى الرواية . وبناء على اشتراط كون الخلاف فى الصدر الأول فى كون المحل اجتهاديا قال بعضهم : إن للقاضى أن يبطل ما قضى به القاضى المالكى والشافعى برأيه : يعنى إنما يلزم إذا كان قول مالك أو الشافعى وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الأول لاباعتبار أنه قول مالك والشافعى ، فلو لم يكن فيها قول الصدر الأول بل الخلاف مقتضب فيها بين الإمامين للقاضى أن يبطله إذا خالف رأيه . وعندى أن هذا لايعوّل عليه ، فإن صح أن مالكا وأبا حنيفة والشافعى مجتهدون فلا شك فى كون المحل اجتهاديا وإلا فلا ، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ، ولقد نرى فى أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية ، بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لايكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الأئمة ، يؤيده ما فى الذخيرة عن الحلوانى أن الأب إذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بأن كانت لاتحسن العشرة مع زوجها فإن على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه ، فإذا قضى به قاض نفذ . وفى حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فضى عليها ستة أشهر لم تر دما فإنها تعتد بعده بثلاثة أشهر ، فإذا قضى بذلك قاض ينبغى أن ينفذ لأنه مجتهد فيه ، إلا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال : وهذه المسئلة يجب حفظها لأنها كثيرة الوقوع ، ثم ذكر فى المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف . قال : ألا ترى أن القاضى إذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ لأنه مجتهد فيه لأنه موضع اشتباه الدليل إذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفى حكمه ، وكذا لو قضى فى حدّ أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه ، ، وليس طريق القضاء الأول كونه فى مختلف فيه ، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل فى موضع اشتباه الدليل لأن المرأة من أهل الشهادة ، إذ ظاهر قوله تعالى – فرجل وامرأتان – يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وإن وردت فى المداينة لأن العبرة لعموم اللفظ ، ولم يرد نص قاطع فى إبطال شهادة النساء فى هذه الصورة ؛ ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لأن المسئلة مختلف فيها ، فمالك وعثمان البتى يشترطان الإعلان لا الشهود ، وقد اعتبر خلافهما لأن الموضع موضع اشتباه الدليل ، إذ اعتبار النكاح بسائر

. . . .

والأصل أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه

التصرفات يقتضى أن لاتشترط الشهادة انتهى . ولا يخفى أنه إذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعى النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه ، فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ إذ لايخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول ، ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها إذا قضى القاضى بالقصاص بحلف المدعى أن فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لاينفذ لمخالفة السنة المشهورة « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » مع أن معه ظاهرا فى حديث محيصة وحويصة نذكره فى القسامة إن شاء الله تعالى رب العالمين. ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثانى بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لاينفذ لذلك أيضا وهو حديث العسيلة . وفى السير من الجامع الكبير : إذا قضى أن الكفار لايملكون ما استولوا عليه لاينفذ لأنه لم يثبت فى ذلك اختلاف الصحابة ، ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ . وفى الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين : الزوج الثانى إذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهى فى العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لأن للاجتهاد فيه مساغا وهو صريح - ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها - وهو أيضا مذهب زفر . ولو قضى فى المأذون فى نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعى يصير متفقا . ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لاينفذ لأنه خلاف الجمهور ، وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر . ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض أنه لاحق لها فى القصاص لاينفذ . ولو زنى بأم امرأته فقضى بإقرار البنت معه نفذ . وحكى فى الفصول فيما إذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبى يوسف لاينفذ للنص عليه ، وعند محمد يجوز ، وبصحة السلم فى الحيوان ينفذ ، وينفذ بالقرعة فى رقيق أعتق الميت واحدا منهم وبالشهادة لأبيه ، وعكسه ينفذ عند أبى يوسف ولا ينفذ عند محمد ، وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقدا موقتا بلفظ المتعة نحو متعينى بنفسك عشرة أيام لاينفذ . ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لأن عمر رضى الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة ، وكذا بصحة رد الزوجة له . ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا إقرار ولا بينة لم ينفذ ، وكذا إذا قضى أن لايؤجل العنين . هذا فى القضاء بالمجتهد فيه . أما إذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه ، وأصله أن الخلاف إذا كان فى نفس القضاء والواقع توقف على إمضاء قاض آخر فإن أمضاه ليس للثالث نقضه لأن قضاء الثانى هو الذى وقع فى مجتهد فيه : أعنى قضاء الأول . وعليه فرع إذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لاينفذ لتحقق الخلاف فى القضاء فيتوقف على إمضاء قاض آخر ، وقيل أن يمضيه الثانى نقضه لأنه ليس قضاء فى مجتهد فيه ، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضى الثانى مخير بين أن يجيزه أو يرده لأن الخلاف وقع فى نفس القضاء ، ومنه ما لو قضى المحدود أو الأعمى . وأما قضاء السلطان فى أمر فالأصح أنه ينفذ ، وقيل لاينفذ : فعلى القول بأنه لاينفذ يحتاج فى نفاذه إلى أن ينفذه قاض آخر . وقيل فى مسئلة الحجر فى صحة نقض الثانى أن قضاء الأول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه نفذ قضاء الثانى بإطلاقه عن الحجر (قوله والأصل) حاصله توجيه

(والأصل) فى تنفيذ القاضى مايرفع إليه إذا لم يكن مخالفا للأدلة المذكورة (أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه

ينفذه ولا يرده غيره ، لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول ، وقد يرجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن كان عامدا ففيه روايتان) ووجه النفاذ

أن القاضى الثانى ينفذ خلاف رأيه فى المرفوع إليه وهو أن اجتهاد الثانى فى البطلان كاجتهاد الأول فى الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثانى باجتهاد هو دونه (قوله ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة) رواية واحدة (وإن كان عامدا ففيه روايتان) عنه (ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين) لأن رأيه يحتمل الخطأ وإن كان الظاهر عنده الصواب ، ورأى غيره يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين ، فكان حاصله قضاء فى محل مجتهد فيه فينفذ . ووجه علم النفاذ أن قضاءه مع اعتقاد أنه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه إلى جهة فصلى إلى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه ، فكذا هذا ، وبه أخذ شمس الأئمة الأوزجندى . وبالأول أخذ الصدر الشهيد وفرّع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الإرسال إلى الشافعى ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز إلا بشرط كون القاضى المرسل يرى بطلانه كالشافعى وإلا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل . قال الشيخ أبو المعين : هذا خلاف ما عليه السلف ، فإنهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون مايحكمون به نافذا وإن كان مخالفا لرأى الخلفاء انتهى . وأوكد الأمور فى هذا حكم شريح بما يخالف رأى علىّ كثيرا وهو يعلم ويوافقه كما علم فى رده شهادة الحسن له وعمر قبله ، فقيل صح عن عمر رضى الله عنه أنه قلد أبا الدرداء القضاء فاختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم لقى المقضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال : قضى علىّ فقال : لو كنت مكانه قضيت لك ، قال : فما يمنعك ؟ فقال عمر : ليس هنا نص والرأى مشترك وغير ذلك . وتحقيقه أن القاضى المرسل

ينفذ ولا يرد غيره لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول) فى أن كلا منهما يحتمل الخطأ (وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه) درجة وهو مالم يتصل القضاء به . ولقائل أن يقول : القضاء فى المجتهد فيممتفرّع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لأصله . ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا لأصله من حيث هو منه أو مطلقا . والثانى ممنوع فإنه يجوز أن يكون مرجحا لأصله من حيث بقاء الأصل عند وجود مايرفعه من أصل بلا فرع ، إذ الشىء المساوى للشىء فى القوة لا يرفع مايساويه فيها مع شىء آخر ، والأول مسلم وليس الكلام فيه ، ويؤيده ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت رضى الله عنه ، فقضى زيد بين رجلين ثم لقى عمر رضى الله عنه أحد الخصمين فقال : إن زيدا قضى علىّ يا أمير المؤمنين ، فقال له عمر : لو كنت لقضيت لك ، فقال : مايمنعك يا أمير المؤمنين الساعة ؟ فاقض لى فقال عمر : لو كان هنا نص آخر لقضيت لك ، ولكن هاهنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن كان عامدا ففيه روايتان . ووجه النفاذ) وهو دليل النسيان أيضا

(قوله لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول الخ) أقول : وفيه أن اعتقادنا لمذهب الغير أنه خطأ يحتمل الصواب ، ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثانى كالأول عندنا (قوله ويؤيده ماروى عن عمر الخ) أقول : قال الزيلعى : وقد صح أن عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء وساق القصة (قال المصنف : وإن كان عامدا ففيه روايتان) أقول : قال النسفى فى الكافى وفى الصغرى : إذا قضى فى محل الاجتهاد وهو لايرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبى حنيفة وعليه الفتوى اه . قال ابن الهمام : الوجه فى هذا الزمان أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمدا لايفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل ، ثم قال : وأما الناسى فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره ، وهذا

أنه ليس بخطأ بيقين ، وعندهما لاينفذ فى الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ، ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا . والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لايعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف فى الصدر الأول .

يقطع بأن ما يفعله القاضى المرسل إليه مأمور به من عند الله ، فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله الثابت فى نفس الأمر ، لكن القطع بأن المكلف به منه تعالى ليس إصابة ذلك بل العمل بمظنونه ، وإن خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان إرسال الحنفى إليه إرسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ، ولا جناح عليه فى ذلك مع علمه أن الله جوّز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من أفتاه به أو حكم به عليه . واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل أنه المرجح عنده . هذا عند أبى حنيفة (وعندهما لاينفذ فى الوجهين) يعنى وجه النسيان والعمد (لأنه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبى حنيفة جوابه بيسير تأمل ، ومع

بطريق الأولى (أنه ليس بخطإ بيقين) لكونه مجتهدا فيه ، وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات . ووجه علمه أنه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لاينفذ فى الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به بزعمه قال المصنف(وعليه الفتوى) قال (ثم المجتهد فيه أن ما لايكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكر أن حكم الحاكم فى محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه لايكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لأنه باطل وضلال والباطل لايجوز عليه الاعتماد ، بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثانى نفذه كما مر ، فإن نقضه فوقع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول ويبطل الثانى ، لأن الأول كان فى محل الاجتهاد وهو نافذ بالإجماع ، والثانى مخالف للإجماع ومخالف الإجماع باطل لاينفذ ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذى لم يختلف السلف فى تأويله كقوله تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ـ فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوّج امرأة الأب وجاريته التى وطئها الأب ، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا (والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور) أى جلّ الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلاف لا اختلاف) فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه ، وينبغى أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس فى جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له أحد ذلك فلم يتبعه وأنكروا عليه ، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه ، فأما إذا سوّغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدونه كقول ابن عباس رضى الله عنهما فى اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الإخوة وفى إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين ، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفا للإجماع ، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة ، ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاده لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف فى الصدر الأول) معناه أن

كله فى القاضى المجتهد ، وأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ (قوله بطريق الأولى) أقول : وجه الأولوية أن التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان .

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى بإحلال ، وهذا

ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما . وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف الفتوى . والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمدا لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل . وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره ، وهذا كله في القاضي المجتهد . فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم . هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء بخلاف مذهبه . وقال : وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه . وجه المنع قوله تعالى ـ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ـ الآية . واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره . والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعا ، وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس إلا قضاؤه ، بخلاف المرسل إلى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فإنه لم يحكم فيه بشيء . هذا ومن تتمة اليمين المضافة أنه إذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج إلى تجديد العقد ، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الأئمة يكون الوطء حلالا ، ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج بأخرى هل يحتاج إلى الفسخ في كل امرأة ؟ ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا . وفي المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج . واختلف فيه المشايخ أيضا . وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة ، وسنذكر في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم (قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وإن كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى بإحلال) يكون حلالا عند الله تعالى وإن كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط

الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم ، وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ورفع ذلك إلى حاكم لم ير ذلك كان له أن ينقضه . قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر : أي فيما بيننا فهو في الباطن : أي عند الله حرام ، وكذا إذا قضى بإحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لا في الأملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ، فمن العقود ما إذا ادعى على امرأة نكاحا وأنكرت فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر ، وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر . ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لأن الشهادة شرط لإنشاء النكاح قصدا والإنشاء هاهنا يثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وإن لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات . وقال بعضهم : إنما يثبت النكاح

إذا كانت الدعوى بسبب معين وهى مسئلة قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور وقدمرّت فى النكاح .

بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين) للحل و الحرمة كالبيع والنكاح والطلاق ، وهذه المسئلة هى التى تقدمت فى النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضى نافذ عند أبى حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقى الأئمة . ومن المثل : ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعى وطؤها ولها التمكين خلافا لهم ، وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحده ، ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنك اشتريتها حل للمنكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها ، وكذا فى الفسوخ بالبيع والإقالة . وفى الهبة روايتان . ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ، ولا يحل عند الأئمة إذا كان عالما بكذب الشهود . ومن صور التحريم : صبى وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربى مسلما وأقام بينة أنهما ولداه قضى القاضى بينهما بالفرقة ، فإن رجع الشهود أو تبين أنهم شهود زور لايحل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا . ومحمد فى هذا الفرع مع أبى حنيفة لأنه لايعلم حقيقة كذب الشهود ، وأجمعوا فى الأملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لايحل باطنا ، والوجه فى الأصل . والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والأكفاء ، ومن الأوجه لأبى حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبأمر الله أولى ، والقاضى مأمور بذلك منه جل وعلا . وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطنا وإن كان أحدهما كاذبا فليس بشىء . وفى الخلاصة : وأجمعوا على أنه لو أقرّ بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لايحل وطؤها ، وأن الشهود لو ظهروا عبيدا أو كفارا أو محدودين لاينفذ باطنا . وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضى بأنها ثلاثا أخذا بقول علىّ نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ، ثم بعد ذلك إن كان الزوج مجتهدا يتبع رأى القاضى عند محمد ، وعند أبى يوسف يتبع رأى القاضى إن كان مقضيا عليه ، وإن كان مقضيا له يتبع أشد الأمرين عليه ، وإن كان عاميا فإن استفتى فما أفتاه به المفتى صار كالثابت بالاجتهاد عنده

والبيع إذا كان القضاء بمحضر من الشهود لأنها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لأن القاضى يصير منشئا وإنما يصير منشئا فيما له ولاية الإنشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لأنه تبرع . ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد فى الجارية وأقام شاهدى زور ففسخ القاضى حلّ للبائع وطؤها . ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدى زور وقضى القاضى بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثانى وطؤها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الأول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك ، وقالا : إن كان عالما بحقيقة الحال لايحل له ذلك الوطء لأن الفرقة عندهما لم تقع باطنا ، وإن لم يعلم بها حل له ذلك ، وأما الزوج الأول فلا يحل له الوطء عند أبى يوسف آخرا وإن كانت الفرقة لم تقع باطنا ، لأنه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه . وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبى يوسف الآخر يحل وطؤها سرّا ، وعلى قول محمد يحل للأوّل وطؤها مالم يدخل بها الثانى ، فإذا دخل بها لايحل سواء علم الثانى بحقيقة

(قوله لأن القاضى يصير منشئا) أقول : الظاهر أن يقال منشئ (قوله لأنه تبرع) أقول : أى من وجه (قوله فإذا دخل بها لايحل) أقول : بوجوب العدة كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة .

قال (ولا يقضى القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز لوجود الحجة وهى البينة فظهر الحق . ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ، ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد ،

وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى . والوجه عندى قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضى يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين ، وكونه لايراه حلالا إنما يمنعه من القربان قبل القضاء ، أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه ، وقال الشافعى يجوز) إذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك وأحمد ، وإن كان فى البلد غير مختف فله قولان أصحهما لايحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك . والفرق أن فى المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفى غيره لا . احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلادليل . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلىّ حين استقضاه على اليمن « لا تقض لأحد الخصمين بشىء حتى تسمع كلام الآخر » وقدمناه من رواية أبى داود وغيره وتصحيحه وتحسينه ، فعلم أن جهالة كلامه مانعة من القضاء ، وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم معه ، ولأن حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها ، والعجز عنه لايعلم إلا مع حضوره أو نائبه ، ولأن شرط العمل بها الإنكار حتى لاتسمع على مقرّ ، ولا يقضى بها إذا اعترض الإقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت

الحال أو لم يعلم . قال (ولا يقضى القاضى على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لايجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه . وقال الشافعى : إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر فى البلد جاز ، وإلا لايصح فى الأصح لأن فى الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره ، واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجة وهى البينة ، فإذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضى العمل بمقتضاها . ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعله حجة ضرورة قطع المنازعة ، ولهذا إذا كان الخصم حاضرا وأقرّ بالحق لاحاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الإنكار ولم يوجد ، فإن قال قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت . أجيب بأن الشرع أنزله منكرا حملا لأمره على الصلاح ، إذ الظاهر من حال المسلم أن لايسكت إن كان عليه دين أو رفعا لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعى عن سماع الحجة فكان الإنكار موجودا حكما ، وإن قال سلمنا أن لامنازعة إلا بالإنكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار ، إذ الأصل فى اليد الملك . قلنا : ممنوع ، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعى صادق ظاهر الوجود مايصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لايترك الإقرار لعقله ودينه أيضا . وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك . قلنا إذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لأن وجود الشرط لايستلزم وجود المشروط ، وسيأتى له جواب آخر . وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لأنه إن حضر فأقرّ لزمت الدعوى وإن أنكر فكذلك . فالجواب بأن النزاع فى ظهور الحق بالبينة فإنه عندنا لايظهر بها إلا بالنزاع ، وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن فى الشهود ويثبته أو يسلم الدعوى ويدعى الأداء ويثبته ، أو يقرّ قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ، ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه إبطاله ، وصون الحكم عن البطلان من

(قوله قلنا إذا كانت شرطا الخ) أقول : فيه تأمل ، ثم الظاهر أن يقال : إذا كان بدل قوله إذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول : ومن هذا يعلم وجه مايفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعى عليه مع المدعى إلى القاضى الكاتب إذا طلب ذلك منهم .

ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة ، ولو أنكر ثم غاب فكذلك لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله، ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بإنابته كالوكيل

العلم بوجود شرط العمل بها وهو الإنكار ، وما لم يعلم بوجود الشرط لايحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ، ولايكفي في الحكم بثبوته كونه الأصل لأنه يترتب عليه وجود أمر فلابد من ثبوت وجوده ، ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حرّ فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لايحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الأصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطا لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده

أجلّ الفوائد (قوله ولأنه يحتمل الإقرار الخ) دليل آخر على المطلوب ، والضمير للشأن . ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه في وجه القضاء وأعمل الثاني ؛ ومعناه أن الشأن يحتمل الإقرار والإنكار ، أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة . فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة . وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل إذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فإنه يأخذها وولدها . وإن أقرّ بها الرجل لم يأخذ ولدها لأن البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الأصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض ، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لايرجع الباعة بعضهم على بعض ، فإن استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي » فإنه لايفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا ، أو بحديث هند حيث قالت « يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لايعطيني مايكفيني وولدي ، فقال : خذي من مال أبي سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف » فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب . أجيب عن الحديث الأول بأنه يدل على أن من ادعى شيئا فعليه إقامة البينة ، وهو مع كونه متروك الظاهر لأن الخصم إذا أقرّ ليس على المدعي إقامة البينة ليس بمحل للنزاع ، وإنما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا ، وليس فيه مايدل على نفي أو إثبات ، وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعليّ حين بعثه إلى اليمن « لاتقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي » رواه الترمذي وقال : هذا حديث حسن . وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفيان ؛ ألا ترى أنها لم تقم البينة (قوله لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لايقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار ، وكذا إذا أنكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء) لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فإنه يقول : الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب . وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا الإثبات . قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لايجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك . واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب إما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا . والأول

(قوله والضمير للشأن) أقول : فيه بحث ، فإن الجملة بعده تحتمل ضميره إلا أن يراد بضمير الشأن ماهو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه الخ) أقول: وأتى بضميره في الأول ، والإضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع ، إلا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج إلى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) أقول : ولأنه لم يكن قضاء وإنما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول : وفيه تأمل (قوله واعلم أن قيام الحاضر الخ) أقول : كأنه يشير إلى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه : أي وقيام من يقوم .

أو بإنابة الشرع كالوصى من جهة القاضى ، وقد يكون حكما بأن كان مايدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر

بناء على الأصل . فإن قيل : الخلاف ثابت فيما لوحضروأنكر ثم غاب . قلنا : لأن بقاء الإنكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه إلا بالنظر إلى الأصل ولا عبرة به ، وإنما يقضى عليه بالبينة إذا حضر وسكت لإنزال الشرع إياه منكرا لالأنه غير منكر ، وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لأنه إما أن يقرّ أو ينكر . وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشى لأن مع حضوره يحتمل أن يقرّ فيبطل حكم البينة أولا فيطعن فى البينة ويثبته أو لا يطعن فيقضى عليه بالبينة ، ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز ، وهذا لأن حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ فى حق سائر الناس وبالإقرار يقتصر على المقرّ ، ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها . ولوأقرّ بها لرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض . وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبى حنيفة ؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء ، وفيه خلاف أبى يوسف فإنه قال : يحكم بها لأن إنكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو أقرّ ثم غاب يقضى بالإقرار . وفى نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لايقضى بالبينة ويقضى بالإقرار ، وهو قول أبى حنيفة لأن فى البينة للمدعى عليه حق الطعن فى البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق ، أما ليس له حق الطعن فى إقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لايبطل حقا له . وكان أبويوسف يقول أولا : لايقضى بالبينة والإقرار على الغائب جميعا ، ثم رجع لما ابتلى بالقضاء وقال : يقضى فيهما جميعا واستحسنه حفظا لأموال الناس . فإذا علمنا أنه لابد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه ، فمن يقوم مقامه أحد ثلاث : نائب بإنابته كوكيله ، أو بإنابة الشرع كالوصى من جهة القاضى . وقد يكون حكما : يعنى شخصا يقوم مقامه حكما ، أى يكون قيامه عنه حكما لأمر لازم له ، واقتصر المصنف عليها نفيا للمسخر من جهة القاضى فإن فيه اختلاف الروايتين وهو الذى ينصبه القاضى ليسمع عليه الدعوى ، وكذا لو أحضر المدعى رجلا غير خصمه ليسمع القاضى الخصومة والقاضى يعلم أنه ليس بخصم لايسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته ، وإنما يجوز نصب القاضى الوكيل عن خصم اختفى فى بيته ولا يحضر مجلس الحكم ، ولكن بعد أن يبعث أمناءه إلى باب داره فينادى على باب داره ويقول

إما أن يكون الفاعل هو الغائب كما إذا وكل شخصا وهو ظاهر أو القاضى كما إذا أقام وصيا من جهته . والثانى إما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر أوشرطا لحقه ، فإن كان سببا لازما سواء كان المدعى واحدا كما إذا ادعى دارا فى يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإن المدعى وهو الدار شىء واحد ، وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت مايدعى على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب للملك لامحالة ، أو شيئين مختلفين ، كما إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة أن فلانا الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة ، والمدعى شيئان : المال على الحاضر والعتق على الغائب ، والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لأن ولاية الشهادة لاتنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب ، لأن المدعى شىء واحد فى الأول أو كشىء واحد فى الثانى لعدم

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول : جزاء ، فإن كان فى قوله فإن كان سببا لازما الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخمينا .

وهذا فى غير صورة فى الكتب ، أما إذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به فى جعله خصما

احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك ، أما فى غير ذلك الموضع فلا . وذكر محمد فى الجامع . رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة : يعنى على الغائب . قال شيخ الإسلام : فيه دليل على جواز الحكم على المسخر ، فإنه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب. قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما إذا لم يعلم القاضى أنه مسخر . والوجه أن يحمل على إحدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين فى فتاواه أن فى نفاذ قضاء القاضى على الغائب روايتين ، ذكر شمس الأئمة السرخسى وشيخ الإسلام أنه ينفذ ، وغيرهما من المشايخ قالوا : لاينفذ ، وفى مفقود خواهر زاده . لاينبغى للقاضى أن يقضى للغائب من غير خصم كما لاينبغى للقاضى أن يقضى على الغائب ، إلا أن مع هذا لو وكل وكيلا وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى . والذى يقتضيه النظر أن يقال إن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على إمضاء قاض ، لأن نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود فى قذف ونحوه ، وحيث قضى على غائب فلا يكون عن إقرار عليه . ومن فروعه مسئلة عجيبة فى الفصل الأول من الفتاوى الصغرى : عين فى يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذواليد فالقاضى لا يأمر ذا اليد أن يسلمها إلى المدعى حتى لايكون قضاء على الغائب بالشراء بإقراره ، وهى عجيبة لأنه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم . قال : وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة إلى باب اليمين من أدب القاضى ولم أجدها ثمة . وأما الثالث فما إذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لامحالة ، لما يدعيه على الحاضر بحيث لاينفك عنه (وهو فى غير صورة فى الكتب بخلاف ما إذا كان) مايدعيه الغائب (شرطا لحقه) لا سببا لامحالة ، أو قد يكون سببا وقد لايكون (فإنه لامعتبر به فى جعل الحاضر خصما

الانفكاك ، فإذا حضر الغائب وأنكر لايلتفت إلى إنكاره ولا يحتاج إلى إعادة البينة ، ولهما نظائر فى الكتب المبسوطة ، والمصنف لم يتعرض إلا للسببية ، وأما أن يكون المدعى شيئا واحدا أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم ، فإن الشىء إذا ثبت ثبت بلوازمه ، وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما إذا كان سببا فى وقت دون وقت . فإن الحاضر فيه لاينتصب خصما عن الغائب ، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب إن زوجك فلانا الغائب وكلنى أن أحملك إليه ، فقالت إنه كان قد طلقنى ثلاثا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها فى حق قصر يد الوكيل عنها لا فى حق إثبات الطلاق على الغائب ، حتى إذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها إعادة البينة لأن المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده ، فإن الطلاق متى تحقق قد لايوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق ، وقد يوجب بأن كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه ، فقلنا : يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما . فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت : اكتفى بالإطلاق لصرف المطلق إلى الكامل عن التقييد ، وإن كان أعنى مايدعى به على الغائب شرطا لحقه ، أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الحالف عليه أن فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف : فلا معتبر به فى جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ ، لأن بينتها على فلان الغائب لاتصح لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب . وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة الأوزجندى

عن الغائب وقد عرف تمامه فى الجامع .

عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه فى الجامع) . مثال السبب الملزوم لامحالة فى ست مسائل : ثلاث فيما يكون المقضى شيئين ، وثلاث فيما يكون واحدا. أما ثلاث الواحد: إحداها ادعى دارا فى يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإنه يقضى بها فى حق الحاضر والغائب ، لأن الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب لامحالة لملكه . والثانية ادعى على آخر أنه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فأقرّ المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب ، حتى لوحضر وأنكر لايلتفت إلى إنكاره . الثالثة ادعى شفعة فى دار فى يد إنسان فقال ذو اليد الدار دارى ما اشتريتها من أحد فأقام المدعى البينة أن ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء فى حق ذى اليد والغائب . ومثال ثلاث الشيئين : إحداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلىّ حد العبيد وقال المدعى المقذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الأحرار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق فى حق الحاضر والغائب جميعا ، حتى لوحضر وأنكر العتق لايلتفت إلى إنكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيئان . الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة أن مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق فى حق المشهود عليه والمولى الغائب لأن العتق لاينفك عن ولاية الشهادة . الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا . فإن قيل : هذا منتقض بما إذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند أبى حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لاتقبل هذه البينة أصلا مع أن إعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لامحالة . أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لأن الساكت إذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتبا من جهة المعتق ، وإن اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولا فلم يقبل. وأما مالايكون فيه مايدعى به على الغائب سببا لامحالة لما يدعيه على الحاضر ، بل قد يكون وقد لايكون ، فقد يكون أيضا شيئين وقد يكون واحدا ، وبيانه فى مسئلتين : إحداهما قال لعبد رجل مولاك وكلنى بحملك إليه فأقام العبد البينة أن مولاه أعتقه تقبل فى حق قصر يد الحاضر ولا تقبل فى حق العتق على الغائب ، حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد إلى إعادة البينة به. والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلنى زوجك بحملك إليه فأقامت بينة أنه طلقها ثلاثا يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق ، فلوحضر وأنكر

إن البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما فى السبب ، لأن دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط . لايقال : المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين ، لأن المعتبر توقف مايدعى على الحاضر على مايدعى على الغائب وهو فى الشرط موجود . وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضى وهو من ينصبه وكيلا عن الغائب ليستمع الخصومة عليه بقوله كالوصىّ من جهة القاضى لأن كلامه فيمن يقوم مقام الغائب

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول : فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف ، إلى قوله : كالوصى) أقول : فيه شىء فإن كاف التشبيه تدل على خلاف ماذكره .

قال (ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق)

الطلاق يحتاج إلى إعادتها أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد ، لأن العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة ، وقد يتحقق موجبا للانعزال بأن وجد بعد الوكالة ، فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق والعتاق ، فمن حيث أنه ليس سببا لحق الحاضر فى الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ، ومن حيث أنه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع إلى حق الحاضر فى قصر يده وانعزاله عن الوكالة لأنه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ، ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق . ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين ، إلا أن ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر إلا باعتبار البقاء فبيانه فى مسائل : إحداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشترى على البائع أنه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشترى ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فأقام المشترى على ذلك بينة فإنه لا يقضى بها لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب ، لأن المدعى شيئان: الرد بالعيب على الحاضر ، والنكاح على الغائب . والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعى على الحاضر إلا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها ، فإن أقام البينة على البقاء بأن شهدوا على أنها امرأته للحال لا تقبل أيضا لأن البقاء تبع للابتداء. والثانية المشترى شراء فاسدا إذا أراد البائع الاسترداد فأقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لإبطال حق الاسترداد لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب ، لأن نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع فى الاسترداد لجواز أنه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع فى الاسترداد ، وإذا لم يكن خصما فى إثبات نفس البيع لم يكن خصما فى إثبات البقاء لأن البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا . الثالثة رجل فى يده دار بيعت بجنبها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشترى له الدار التى بيدك ليست لك إنما هى لفلان فأقام الشفيع البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب ، لأن المدعى شيئان ، والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه فى الشفعة ما لم يثبت البقاء ، لأنه لو فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الأسباب لا يكون له شفعة ، وإنما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ؛ ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا . وأما ما يكون شرطا فعامة المشايخ فيه على أنه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه . وصورته : قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق ، فادعت أن فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لأنه ابتداء القضاء على الغائب . وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندى فيه بانتصاب الحاضر خصما عن الغائب ، ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وإن كان فلان غائبا . والجواب أنه ليس فى هذا قضاء على الغائب بشىء إذ ليس فيه إبطال حق له فصار الأصل أن ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق الغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب ، وما تضمن إبطالا عليه لا يقبل (قوله ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وهو المسمى فى عرفنا بالصك والحق هنا هو الإقراض ، وهذا

والمسخر لا يقوم مقامه ، ذكره فى الذخيرة وهو إحدى الروايتين فيه فكأنه اختاره . قال (ويقرض القاضى أموال اليتامى الخ) للقاضى أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لأجل تذكره الحق وهو الإقراض ،

(قوله ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ) أقول : فيه إشارة إلى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولا له ليكتب . وعندى أن قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف فى أواخر مسائل شتى .

لأن فى الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة ، والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وإن أقرض الوصى ضمن) لأنه لايقدر على الاستخراج ، والأب بمنزلة الوصى فى أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج .

(لأن فى الإقراض مصلحتهم) لأن بقاءه على وجه الأرض لا يؤمن معه السارق و الغاصب المكابر ، وفى القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة (و القاضى يقدر على الاستخراج) فكان النظر فى الإقراض بخلاف الوصى فإنه لايقدر على الاستخراج ، إذ ربما لايوافقه الشهود أو لا يجدهم ، ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل ، وفى الجثو بين يدى القضاة ذل وصغار فكان إضرارا بالصغار على الاعتبار (والأب كالوصى فى أصح الروايتين) لأنه لايقدر على الاستخراج. ووجه الأخرى أنه أعم ولاية من الوصى لأنها فى المال والنفس كولاية القاضى ، ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر ، والظاهر أنه يقرض ممن يأمن جحوده ، وعلى هذا قالوا : لو أخذه الأب قرضا لنفسه يجوز وإن روى الحسن عن أبى حنيفة أنه لايجوز. والجواب أن الاعتبار فى جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه ، بخلاف القاضى فإنه لو لم يجد الشهود لموت أوغيبة قضى بعلمه واستخرج ، ولا يخفى أن قدرة هذا إنما تفيد مع وجود الملاءة . أما لو أعسر المستقرض صار القاضى كغيره فى عدم القدرة ، وعن هذا قال الخصاف : ينبغى للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختل حال أحد منهم يأخذ منهم المال قبل أن يعسر فلا يقدر ، وكذا لو كان المستقرض معسرا فى الابتداء لايجوز للقاضى إقراضه ، وقد انتظم ماذكرنا حكم القاضى بعلمه ولنفصلها . فعندنا وفى قول للشافعى أنه يجوز ، وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز ، وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لأنه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة « خذى من ماله مايكفيك وولدك بالمعروف » فهذا قضاء بعلمه ، وشرطه عند أبى حنيفة أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته أو قتل عمد أو حد قذف. وأما إذا علم قبل القضاء فى حق العباد ثم ولى فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ثم دخله فرفعت إليه لا يقضى عنده ، وقال : يقضى . وفى التجريد جعل قول محمد مع أبى حنيفة ، ولو علم فى رستاق مصره عندهما يقضى . واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن ، وأصل هذا أن قضاء القاضى فى القرية والمفازة لاينفذ عند

لأن فى إقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فإن القاضى لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة إن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة ، وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها . فإن قيل : نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض ، أجاب بقوله والقاضى يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفى النسيان ، بخلاف الوصى فإنه ليس له أن يقرض ، فإن فعل ضمن لأن الحفظ والضمان وإن كانا موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لأنه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل ، والأب كالوصى فى أصح الروايتين لأنه عاجز عن الاستخراج ، وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد والعتابى ، وفى رواية : يجوز له ذلك لأن ولاية الأب تعم المال والنفس كولاية القاضى ، وشفقته تمنع من ترك النظر له ، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده ، وإن أخذه الأب قرضا لنفسه فالقراض يجوز . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك .

(باب التحكيم)

أبي حنيفة ومحمد . ونص أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد ، وهكذا في النوادر عن محمد . ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء ، فعند أبي حنيفة لا يقضي ، وعندهما يقضي . وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا ، والله الموفق .

(باب التحكيم)

هذا أيضا من فروع القضاء ، والمحكم أحطّ رتبة من القاضي ، فإن القاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم فأخره عنه ، ولهذا قال أبو يوسف : إنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته ، بخلاف القضاء لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح ، أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك . والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى - فابعثوا حكما من أهله - الآية ، وفيه نظر . وأما السنة فما قال أبو شريح « يارسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما أحسن هذا » رواه النسائي وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى أنه كان بين عمر وأبيّ بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر : هلا بعثت إليّ فآتيك ياأمير المؤمنين ، فقال عمر : في بيته يؤتى الحكم ، فلخلا بيته فألقى لعمر وسادة ، فقال عمر : هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر ، فقال زيد لأبيّ : لوأعفيت أمير المؤمنين ، فقال عمر : يمين لزمتني ، فقال أبيّ : نعفي أمير المؤمنين ونصدقه ، وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس ، وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحكم للتبيين لا للتلبيس . وفي الحديث جواز التحكيم وأن زيدا كان معروفا بالفقه . وقد روى أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه ويأخذ بركابه عند ركوبه ، وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا ، فقبل زيد يده وقال : هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا . وفيه أن الإمام لا يكون قاضيا في حق نفسه ، وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته ولا يبعث إليه ليأتيه وإن كان أوجه الناس . وأما إلقاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم « إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه » وبسط النبيّ صلى الله عليه وسلم رداءه لعدى بن حاتم ، وأن الخليفة ليس كغيره ، واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأول ، وأنه لا بأس بالحلف صادقا ، وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لأمر آخر ، وأن

(باب التحكيم)

هذا باب من فروع القضاء ، وتأخيره من حيث أن المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي . وهو مشروع بالكتاب والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى - فابعثوا حكما من أهله

(باب التحكيم)

(قوله وعموم ولاية القاضي) أقول : المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدى الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وأمثاله ، لا أنه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فإنه قد يفوض إليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المعينين كما لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال : لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط .

(وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما ، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى والمحدود فى القذف والفاسق والصبى لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى

اليمين حق المدعى له أن يستوفيها وتسقط بإسقاطه (قوله و إذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) إلى أن حكم (جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما) وسنذكر لهذا تخصيصات : أولها قوله (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى) إلا أن يحكمه ذميان لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود فى القذف والفاسق) لايجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة . والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى) الفاسق ينفذ حكمه . وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة : أعنى قوله جاز ، وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب ، ولوقدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيدا للحصر فيفيد أنه

وحكما من أهلها . والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم (وإذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لأنه بمنزلته فيما بينهما) واعترض بأنه لوكان كذلك لما وقع الفرقة بينهما فى حق التعليق والإضافة إلى المستقبل على قول أبى يوسف لكنها وقعت فإنهما جائزان فى القضاء دون التحكيم عنده . وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لايثبت إلا بتراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لايعلق ولايضاف ، بخلاف القضاء والإمارة لأنه تفويض (وإذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لأنها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لايقلد حاكما ولا محكما ، فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى إن حكمه المسلمون ، وإن حكمه أهل الذمة جاز لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم ، وتراضيهما عليه فى حقهما كتقليد السلطان إياه ، وتقليد الذمى ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الإسلام ، فكذا تحكيمه ، والمحدود فى القذف وإن تاب لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتى ، والفاسق والصبى لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن إذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر فى أول أدب القاضى أن الفاسق لاينبغى أن يقلد القضاء ، ولو قلد جاز

(قال المصنف : فيشترط أهلية القضاء) أقول : وفى المحيط : يشترط أن يكون الحكم أهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا، حتى أنه إذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقف الحكم بأن كان الحكم عبدا فأعتق وحكم لاينفذ حكمه . هكذا ذكر صاحب الأقضية والشيخ الإمام شيخ الإسلام فى شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلته فى فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى . المسئلة المذكورة فى فصل التقليد هو أنه إذا استقضى الصبى ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الأمر فى باب الجمعة من صلاة المنتقى ، رواه إبراهيم عن محمد . والعبد إذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الأمر انتهى . واشتراط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور فى النهاية ومعراج الدراية أيضا (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول : فى المحيط : ويجوز تحكيم المكاتب والصبى المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى . وفى شرح الكافى : المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر . وقال فى النهاية : هو من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل هناك انتهى . فلا مخالفة كما توهم . ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول يقال : حكمه أى فوض الحكم إليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر و العبد والذمى الخ) أقول : المراد بالكافر ماعدا الذمى الذى بقرينة المقابلة .

(والكل واحد من الحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعا (وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لأنه لافائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه (وإن خالفه أبطله) لأن حكمه لايلزمه لعدم التحكيم منه .

لاينفذ على غيرهما ، فلوحكماه في عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يتراضى البائع الأول والثاني والمشترى على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول ، ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشترى منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما ، وإن كان العيب لايحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان ، وإنما اقتصر حكمه ولم يتعدّ لأنه كالمصالح . ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق أوصبيا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لاينفذ كما في المقلد ، وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لاينفذ حكمه ثم الإضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من إضافة المصدر إلى المفعول ، ولو اعتبرت إلى الفاعل جاز في بعضها دون بعض . وفي المغني : يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرّ ، وتحكيم الذمى دميا ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا (قوله ولكل واحد من الحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) إذ هما الموليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولوحكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لايبطله فكذا هذا (وإذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لأنه لايكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لافائدة في نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه) بعينه (وإن خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى : هوكالمقلد فلا يبطله إلا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم ، ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له ، بخلاف الموليين له إنما لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لأنه لم يحكمه ، ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أوينفذه فكذا هذا ، وهذا يبين لك أن المراد من قوله وإن خالفه أبطله ليس مايعفيه ظاهره من لزوم إبطال القاضي إياه بل جواز

(ولكل واحد من الحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم إلا برضاهما جميعا) لأن ماكان وجوده من شيئين لابد له من وجودهما ، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل يعدم بعدم أحدهما ، وعلى هذا يسقط ماقيل ينبغي أن لايصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضا . فإن قيل : إخراج أحدهما سعى في نقض ما تم من جهته . قلنا : ما تم الأمر وإنما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فإنه لارجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي إذا قضى ثم عزله السلطان فإنه لازم (وإذا رفع حكمه إلى حاكم فوافق مذهبه أمضاه لأنه) إذا نقضه لم يحكم إلا بذلك فـ(لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه) وفائدة إبرامه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ، ولو لم يمض لتمكن لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه (وإن خالفه أبطله لأن حكم المحكم لايلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلأنه لايبطله الثاني

(قوله وعلى هذا يسقط ماقيل ينبغي أن لايصح الإخراج إلا باتفاقهما الخ) أقول : كالبيع فإنه لايفسخ إلا باتفاق المتبايعين . في الجواب كلام (قال المصنف : وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) أقول : فعلى هذا حكم المحكم بلزوم الوقف على مذهبهما في ديارنا يمضيه الحاكم الحنفي بهذا الدليل بعينه إذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالأصح .

(ولا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص) لأنه لاولاية لهما على دمهما ولهذا لايملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما، وهو صحيح إلا أنه لايفتى به، ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام

أن يبطله وأن ينفذه. وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضى (قوله ولا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص) وهذا إحدى الروايتين فى القصاص وهى رواية الخصاف. قال شمس الأئمة فى شرح أدب الخصاف: من أصحابنا من قالوا هذا فى الحدود الخالصة حقا لله تعالى، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس. وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما، ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف أطلق وقال لايجوز، وهو الصحيح لأن حكم الحكم بمنزلة الصلح، ولايجوز استيفاء القصاص وحدّ القذف بالصلح، ولأنهما يندرئان بالشبهات، وفى حكمه شبهة لأنه حكم فى حقهما لا فى حق غيرهما، وأىّ شبهة أعظم من هذا. قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات وهو صحيح) وفى الخلاصة: قضاء الحكم فى الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأرش الجنايات وقطع يد عمدا ببينة عادلة جائز إذا وافق رأى القاضى. وعن أبى حنيفة: لايجوز فى القصاص. ونقل الناطفى عن أبى بكر الرازى فى القصاص: ينبغى أن يجوز لأن ولىّ القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذا إذا حكم فيه لأنه من حقوق بنى آدم. وتوجيه المصنف بأنهما لاولاية لهما على دمهما ولذا لايملكان الإباحة: يعنى لو قال لشخص اقتلنى لايصح أمره ولا يحل للآخر قتله لايدفعه، وهذا لأن المقضى عليه هو الأصل فى التحكيم، والآخر: أعنى الطالب تبع فكون

وإن خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده. قال (ولا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص الخ) لايجوز التحكيم فى الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها، وأما فى حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ، قال شمس الأئمة: من أصحابنا من قال التحكيم فى حد القذف والقصاص جائز. وذكر فى الذخيرة عن صلح الأصل أن التحكيم فى القصاص جائز لأن الاستيفاء إليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما فى الأموال. وذكر الخصاف أن التحكيم لايجوز فى الحدود والقصاص، واختاره المصنف واستدل بقوله لأنه لاولاية لهما على دمهما ولهذا لايملكان الإباحة، وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود. وقالوا فى ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة فى حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لاتستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أى قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القدورى الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات) كالكنايات فى جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك، قال شمس الأئمة الحلوانى: مسئلة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها، وكان يقول: ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الأستاذ أبا على النسفى كان يقول: يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كى لايتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدى إلى هدم مذهبنا. وإن حكماه فى دم خطإ لاينفذ إلا فى صورة لأنه إما أن يحكم بالدية على العاقلة أو فى مال القاتل، فإن كان الأول لم ينفذ حكمه لأنه لاولاية له عليهم إذ لاتحكيم من جهتهم، وحكم الحكم لاينفذ على غير المحكمين، وإن كان الثانى رده القاضى ويقضى بالدية على العاقلة لأنه يخالف

وإن حكماه فى دم خطإ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لاولاية له عليهم إذ لاتحكيم من جهتهم ، ولو حكم على القاتل بالدية فى ماله رده القاضى ويقضى بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لاتعقله (ويجوز أن يسمع البينة ويقضى بالنكول وكذا بالإقرار) لأنه حكم موافق للشرع ، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود

أحدهما وهو الذى تحكيمه ليس الأقوى يملك أن يستوفيه لايقتضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر، والآخر لايملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه . وفى الفتاوى الصغرى : حكم المحكم فى الطلاق والمضاف ينفذ لكن لايفتى به . وفيها : روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها . وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه إذا استفتى أولا فقيها فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك المرأة فإن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملا بفتواهما. وفى الذخيرة: فيمن تزوج امرأة بغير ولى فطلقها ثلاثا فبعث القاضى إلى شافعى ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز ، وكذا لوحكما بذلك حكما يجوز ، ولا يفتى به لما مر : يعنى ما قدمه من خشية تجاسر العوام : يعنى على هدم المذهب. قال : وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث إلى شافعى ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز . ثم قال المصنف (ولوحكماه فى دم خطإ فقضى بالدية على العاقلة لاينفذ لأنه لاولاية له على العاقلة إذ لم يحكموه ، وكذا لوحكم على القاتل بالدية فى ماله) فإن القاضى (يرده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لأنه مخالف لرأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (إلا إذا ثبت القتل) وهو قتل الخطإ (بإقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل ، لأن العواقل لا تعقل القتل الثابت بالإقرار كما لاتعقل العمد والصلح على الدية لأن إقراره لاينفذ فى حقهم إذ لاولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية فى ماله، وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات إن كانت بحيث لاتعقلها العاقلة، بل تجب فى مال الجانى بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمدا، وإن بلغ خمسمائة

رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك «قوموا فدوه» كما سيأتى فى كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى (قوله إلا إذا ثبت) استثناء من قوله رده القاضى : أى رد قضاءه بالدية فى ماله إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لاتعقله ، وأما أروش الجراحات فإن كانت بحيث لاتتحملها العاقلة وتجب فى مال الجانى بأن كان دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجانى جاز لأنه لايخالف حكم الشرع وقد رضى الجانى بحكمه عليه فيجوز ، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لايجوز قضاؤه بها أصلا ، لأنه إن قضى بها على الجانى خالف حكم الشرع ، وإن قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز أن يسمع البينة) يعنى أنه لما صار حكما عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة (ويقضى بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع ، وإذا أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين) بأن يقول لأحدهما اعترفت عندى لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندى وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشىء أو قامت

(قوله وثبت ذلك بالإقرار والنكول) أقول : فيه أنه إذا ثبت بالبينة يكون فى مال الجانى أيضا فلا وجه للتقييد بالإقرار والنكول (قوله وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول : إنشاء الإلزام والحكم أيضا .

وهما على تحكيمهما يقبل قوله لأن الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لايقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لأنه لاتقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لايصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأى، والله أعلم بالصواب.

فقضى الحكم على الجانى جاز لأنه لايخالف الشرع، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة لايجوز قضاؤه بها أصلا لأنه إن قضى على الجانى خالف الشرع، وعلى العاقلة لايجوز لأنهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعنى المحكم لو قال: لأحدهما أقررت عندى أو قامت عندى بينة عليك بهذا فعدلوا عندى وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فأنكر المقضى عليه أن يكون أقرّ وأقام البينة لم يلتفت إلى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لأن الحكم مادام تحكيمهما قائما كالقاضى المقلد، ولو قال المقلد ذلك لايلتفت إنكار إلى المقضى عليه، فكذا الحكم إلا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد أن قام من المجلس لأنه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضى. إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لايصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لأبويه وولده وزوجته) وكل من لاتقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما إذا حكم عليهم يجوز لانتفائها (قوله ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لأن الحكم أمر يحتاج فيه إلى الرأى) وإنما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لايصدق الحكمان فى إخبارهما عن الحكم إذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما، ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لأنهما ما حملاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما. وإذا عرف أن أحد الحكمين لاينفرد فلو حكما عبدا وحرا لم يجز، ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الإمام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضى، ولو أمر القاضى رجلا لم يجز إلا بإذن الإمام إلا أن يجيزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم، ولو حكما رجلا فأخرجه القاضى من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز، وليس للحكم أن يفوض إلى غيره، ولو فوض وحكم الثانى بلا

عليه بينة بشىء لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضى ونفذ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك (إذا كان على تحكيمهما) فيملك الإخبار كالقاضى المولى إذا قال فى قضائه لإنسان قضيت عليك لهذا بإقرارك أو ببينة قامت عندى على ذلك (فإنه يصدق فى ذلك) ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه فكذا هاهنا (وإن أخبر بالحكم) مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لأنه إذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله إنى حكمت بكذا كالقاضى المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل) لأن أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق فى ذلك بين المولى والمحكم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأن الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة، فكذلك القضاء. وإذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج إلى الرأى) فلو حكم أحدهما لايجوز لأنهما إنما رضيا برأيهما ورأى الواحد ليس كرأى المثنى، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لأنهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه.

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

قال (وإذا كان علوّ لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوّة عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالا : يصنع مالا يضرّ بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوّه . قيل ماحكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله فلا خلاف . وقيل

رضاهما فأجاز القاضى لم يجز إلا أن يجيزاه بعد الحكم ، وقيل ينبغى أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثانى ، ولو حكما واحدا فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزا عنده وإن كان جورا أبطله ، وكتاب الحكم إلى القاضى وقلبه لايجوز ، فإن كتب إليه قاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب .

(مسائل منثورة من كتاب القضاء)

(قوله وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوّة عند أبى حنيفة رضى الله عنه : أى بغير رضا صاحب العلوّ) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا ، والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه من إبطال حق صاحب العلوّ فى سكناه العلو (وقالا : يصنع مالا يضرّ بالعلو ، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كنيفا . والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتدا يتده من باب ضربه (قيل ماحكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة) لأنه إنما يمنع مافيه ضرر ظاهر لامالا ضرر فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو فى محل وقوع الشك ، فما لا شك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا ، وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى أن يمنع اتفاقا

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

مسائل شتى : أى متفرقة من شتت تشتيتا : إذا فرق . ذكر فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة . قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وإنه لجدير بالتأخير لامحالة (وإذا كان علوّ لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا أن ينقب فيه كوّة بغير رضا صاحب العلوّ) وليس لصاحب العلوّ أن يبنى على علوّه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كنيفا إلا برضا صاحب السفل (عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : جاز لكل واحد منهما أن يصنع مالا يضرّ به ، وقيل هذا تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله) يعنى أن أبا حنيفة إنما منع عما منع إذا كان مضرا ، وأما إذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لايتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه لأن التصرف حصل فى ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسير له وإنما

(مسائل شتى من كتاب القاضى)

(قوله مسائل شتى : أى متفرقة من شتت تشتيتا) أقول : بل من شت يشت شتا وشتاتا وشتيتا : إذا فرق وافترق .

الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف فى ملكه والملك يقتضى الإطلاق والحرمة بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض ، فإذا أشكل لايزول المنع على أنه لايعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه .

وما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار والسقف فعندهما لا يمنع ، لأن (الأصل) فيه (الإباحة لأنه تصرف فى فى ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع) لأن اليقين لايزال بالشك ؛ كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ، ولو كاتب نصيبه لايجوز ، وللشريك حق فسخه (وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا ، وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه . وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبى حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة . وقال شيخ الإسلام أيضا : إذا أشكل تصرف صاحب العلو وهل يضر بالسفل أولا لا يملكه بالاتفاق . وقال الصدر الشهيد : المختار أنه إذا أشكل لايملكه ، وإذا لم يضر يملكه . وذكر قاضيخان : لو حفر صاحب السفل فى ساحته بئرا وما أشبه ذلك ، عند أبى حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو ، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر ، وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه ، فلو هدمه يجبر على بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو ، كالراهن إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده المديون ، وهذا أصل كلى ، كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة فى الفعل كنهر بينهما امتنع أحدهما عن كريه وكرى الآخر ، أو سفينة تتخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر ، وإن كان لايجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لايكون متطوعا لأنه لايجبر صاحب السفل على بنائه فكان فى بنائه إياه مضطرا ليصل إلى حقه ، وإذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته . واختلف فى أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع ، والصحيح وقت البناء . وإنما قلنا فى الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا إذا كان يمكنه

(الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف فى ملكه والملك يقتضى الإطلاق) فلا يمنع عنه إلا بعارض الضرر ، فإذا لم يكن ضرر لم يمنع (بالاتفاق ، و) إنما تظهر ثمرة الخلاف (إذا أشكل) فعندهما (لم يجز المنع) لأن الإطلاق بيقين واليقين لايزول بالشك (والأصل عنده الحظر لأنه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير وهو) صاحب العلو لأن قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا ، وتعلق حق الغير بملكه يمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف فى المرهون والمستأجر (والإطلاق بعارض) وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل (فإذا أشكل لايزول المنع) لما ذكرنا (قوله على أنه لايعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه) استظهار على المنع لإفادة ما قبله ذلك .

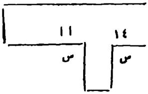
(قوله وإنما تظهر ثمرة الخلاف) أقول : فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول : كهذه الأشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول : وفيه بحث يظهر بملاحظة السياق ؛ ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعدمه . قال الزيلعى : وهو عدم الضرر بيقين انتهى . الباء متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول : كتب فى هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته : أمر بالتأمل تنبيها على أن العدم أمر لاثبوت له ليعرض ، ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العدم وليس كذلك انتهى . وأقول : يجوز أن يكون إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة .

قال (وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهى غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا فى الزائغة القصوى) لأن فتحه للمرور ولا حق لهم فى المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لايكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة ،

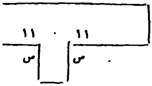
قسمة الساحة ليبنى فى نصيبه . وفى الخلاصة فى الفصل الثانى فى الحائط وعمارته قال : وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق ، وهذا عندى فى غاية الحسن إذا كان بقضاء . ويجب أن لايضمن لو علا بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر ، أما إذا كانت الساحة صغيرة لايمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فإنه إذا بنى لايكون متطوعا ، وكذا إذا انهدم بعضه لأنه لايمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعا . وفى فتاوى النسفى : دار لجارين سطح إحداهما أعلى ومسيل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبنى عليه له ذلك وليس للجار منعه ، ولكن يطالبه بتسييل مائه إلى طرف الميزاب . وإذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لأجل إسالة الماء لكن يبنى هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى . فرق بين حق التعلى وبين حق التسييل حيث لو هدم فى الأول يجبر على البناء ، ولو هدم فى الثانى لايجبر . وفى الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للبانى أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا . وفى الأقضية : حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك ؛ إن كان بحال لايخاف سقوطه لايجبر ، وإن كان بحيث يخاف عن الإمام أبى بكر محمد بن الفضل يجبر ، وإن هدماه وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر إن كان أس الحائط عريضا يمكنه أن يبنى حائطا فى نصيبه بعد القسمة لايجبر الشريك ، وإن كان لايمكن يجبر كذا عن الإمام أبى بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى . وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق إن كان الحائط لايقبل القسمة . وفى شهادات فتاوى الفضلى : لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ، ولو انهدم لايجبر ولكن يمنع من الانتفاع به مالم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضى ، وإن كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى . فلو حمل ماتقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما إذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما إذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهرى . فليكن هو المحمل ، وهذا لأنه لما كان مضطرا فى البناء كان له تضمين ماصرف لذلك غير أنه ليس مضطرا فى ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضى فيرجع بالقيمة ، ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما بإذن الشريك لاشك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراده الآخر كما لو هدماه وإن هدمه بغير إذن الشريك . وفى كتاب الحيطان : رجل أراد أن يهدم داره ولأهل السكة ضرر لأنه يخرب السكة المختار أنه يمنع ، فلو هدم مع هذا وأنه يضر بالجيران إن كان قادرا على البناء يجبر على البناء ، قيل والأصح أنه لايجبر . وفى كتاب الغصب من الخلاصة : رجل هدم داره فانهدم دار جاره لايضمن (قوله وإن كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهى غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس لأحد من (أهل الزائغة الأولى) إذا كان له جدار فى الزائغة المنشعبة أن يفتح فى جداره ذلك بابا فى الزائغة المنشعبة ، وهذه صورتها :

قال (وإذا كانت زائغة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة :

بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة . قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع بعض جداره . والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لايمكنه المنع من المرور فى كل ساعة ، ولأنه عساه يدعى الحق فى القصوى بتركيب الباب



والذى يمكنه أن يفتح بابا فى الزائغة القصوى هو صاحب الدار التى فى ركن الزائغة الثانية ، وإنما قلنا ليس له ذلك لأن فتحه للمرور ولا حق لأهل الزائغة الأولى فى المرور فى الزائغة القصوى بل هو لأهلها على الخصوص ، ولهذا لو بيعت دار فى القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها ، بخلاف أهل القصوى فإن لأحدهم أن يفتح بابا فى الأولى لأن له حق المرور فيها ، و(بخلاف النافذة فإن المرور فيها حق العامة) ولا خلاف أن له أن يفتح . قال بعض المشايخ : لايمنع من فتح الباب بل من المرور لأن فتح الباب رفع بعض جداره ، وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه ، والأصح أن يمنع من الفتح لأنه منصوص عليه فى الرواية بنص محمد فى الجامع ، ولأن المنع بعد الفتح لايمكن إذ لايمكن مراقبته ليلا ونهارا فى الخروج فيخرج ، ولأنه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا فى المرور ، ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب ممهد لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول



ليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا فى الزائغة القصوى لأن فتح الباب للمرور ، ولا حق لهم فى المرور لأن المرور فيها لأهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح بابا بغير إذنهم فكذا هذا ؛ ألا ترى أنه لو بيعت دار فى تلك السكة القصوى ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لهم خاصة ، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة . ثم قيل المنع من المرور لامن فتح الباب لأن الفتح رفع بعض جداره . وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ، ولهذا لو فتح كوّة أو بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع ، والأصح أنه يمنع من الفتح لأن بعد الفتح لايمكنه المنع من المرور فى كل ساعة ، ولأنه إذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الحق فى القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع ، وكلام المصنف ليس فيه مايدل على أن الزائغة الأولى غير نافذة ، وقد صرح بذلك الإمام التمرتاشى والفقيه أبو الليث ، إلا إذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائغتين جميعا لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى ـ قل أرأيتم إن أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من إله غير الله يأتيكم به ـ أى بذلك على أحد الوجهين ، وإن كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها : يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة

(قوله فيجوز أن يكون حالا الخ) أقول : الجواز لايستلزم الدلالة ، فنى اتصاله الاستثنا تأمل (قوله لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة) أقول : يعنى أن الإشارة بلفظ ذلك إلى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ماذكر .

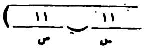
(وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا) بابا لأن لكل واحد منهم حق المرور فى كلها إذ هى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار منها :

قوله للظاهر الذى معه وهو فتح الباب (ولوكانت) المتشعبة (مستديرة فلهم أن يفتحوا لأن لكل منهم حق المرور فى كلها إذ هى ساحة مشتركة) غاية الأمر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون فى الشفعه إذا بيعت دار منها) وهذه صورتها :



وفى الحيطان زقاق غير نافذ أراد إنسان : يعنى من أهله أن يتخذ طينا إن ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويفعل فى الأحايين مرة لا يمنع منه ، وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذى نسميه فى عرفنا مصطبة ، ولو استأذن رجلا فى وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشترى أن يأخذه برفعها إلا إذا شرط بقاءها عند البيع ، وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشترى أن يطالبه بإزالتها إلا إذا شرطها ، ولو أن لرجل حائطا ووجهه فى دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه فى داره فأراد أن يدخل ليبل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء فى داره فأراد حفره وإصلاحه ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له إما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بماله أو تفعل بمالك ، كذا روى عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وفى وقف النوازل : دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجه لا يضر بصاحبه ، وأن يتوضأوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ، ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فإن نقص الحفر يضمن النقصان ، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ، غير أن فى الطريق لا يضمن نقصان الحفر. وفى أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار: رجل أصاب ساحة فى القسمة فأراد أن يبنيها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا ، وإن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك. ولو فتح صاحب البناء فى علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه، ولصاحب الساحة أن يبنى فى ملكه ما يستر مهبه. ولو اتخذ بئرا فى ملكه أو كرياسا أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه ، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن. هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية . وحكى عن أبى حنيفة أن رجلا شكا إليه من بئر حفرها جاره فى داره فقال

فلكل واحد منهم أن يفتح بابه فى أى موضع شاء ، لأنها سكة واحدة إذ هى ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور فى كلها ، ولهذا يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار منها بهذه الصورة :



احفر فى دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل، فنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة ، وبذلك كان يفتى الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى . وفى مضاربة النوازل : لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس لهم فى الحكم منعه ، وبه قال الشافعى وأحمد . ولو حفر فى داره بئرا فنز منها حائط جاره ليس له منعه . قال فى فصول العمادى نقلا عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضى منع الجا من ذلك ، وذكر غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار » والوجه لظاهر الرواية لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فإنما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة ، فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار يمنعه من ذلك الانتفاع ، وتصير هذه المسئلة رواية فى مسئلة لارواية لها فى الكتب ، وصورتها بالفارسية فى الذخيرة وغيرها . وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين . قال فى الفتاوى الصغرى : إن كانا فى القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه ، وإن كان بسقفين فليس له منعه ، قال : وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان . قال فى الخلاصة : فلو أقام أحدهما البينة على أنه قديم والآخر على أنه محدث فبينة القديم أولى . قال : ولا تقبل شهادة أهل السكة فى هذا . قال فى الذخيرة : ينبغى أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسئلة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى : وعلى تقدير الفرق فالفرق أن فى هذه المسئلة وهى مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الأصلية . وفى مسئلة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار » فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحبس فى خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا إذا كان فيهم مريض يتضرر به ، وكما أريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو مايؤدى إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش . وفى الذخيرة : حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت مجاورة للدور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا . قيل وأجمعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك . والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك مابدا له مطلقا لأنه يتصرف فى خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره ، لكن يترك القياس فى موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو مايكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو مايمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية على ماذكر فى الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه . وأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قريبا ، ومنه ما ذكر أبو الليث فى فتاواه : حجرة سطحها وسطح جاره متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك ، فلو أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ، إن كان إذا صعد يقع بصره فى دار جاره له المنع ، وإن كان لا يقع

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الإنكار) وسنذكرها فى الصلح إن شاء الله تعالى :

لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع . قال فى فصول العمادى : وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهى أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوّة ينبغى أن يقال فى هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع فى دار جاره ؛ ألا ترى أن محمدا رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوّة فى علوه مع أن بصره يقع فى الساحة ، والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة أن يشاركه فى بنائها لا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات فى كتاب الحيطان : دار بين رجلين قسماها وقال أحدهما نبنى حاجزا بيننا ليس على الآخر إجابته ، وإن كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضى أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعله القاضى للمصلحة . ونظيرها فى فتاوى أبى الليث : رجل فى داره شجرة فرصاد ، فإذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضى منه إذا رآه . قال فى الذخيرة : وعلى قياس مسئلة فتح الكوّة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضى المنع انتهى . ولقد أحسن الصدر الشهيد فى واقعاته حيث قال : المختار أن المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستّروا أنفسهم لأن هذا جمع بين الحقين (قوله ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الإنكار ، وسنذكرها فى الصلح إن شاء الله تعالى) ونقل فى النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فإنها لا تصح مع جهالة المدعى به . ونقل عن والد ظهير الدين أنه كان يقول : الصلح عن الدعوى إنما يصح إذا كانت صحيحة ، لأن الصلح إنما يصح لافتداء اليمين واليمين إنما تتوجه إذا صحت الدعوى . قال : وهذا يشكل على قول أبى حنيفة ، فإنه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مال دفعته إليه صح مع أن اليمين لا تتصوّر فى النكاح عنده ، فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ، ولذلك قال المصنف (والمدعى وإن كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة فى الساقط فلا تفضى إلى المنازعة) يعنى وهو المانع

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده الخ) دار بيد رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حقا وأنكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهى مسئلة الصلح على الإنكار ، وسيأتى الكلام فيه فى الصلح إن شاء الله تعالى . فإن قيل (كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى ؛ ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئا لم تصح دعواه . أجاب بأن المدعى وإن كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة فى الساقط والجهالة فيه لا تفضى إلى المنازعة والمانع منها ما أفضى إليها . ولقائل أن يقول : جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا ، فإن كان الثانى صح دعوى من ادعى على إنسان شيئا لكنها لم تصح ، ذكره فى النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح . والجواب باختيار الشق الأول ، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة

(قوله فإن قيل : كيف يصح الصلح الخ) أقول : الأنسب أن يقرر السؤال الأول هكذا : كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لسائر العقود فيفسد الصلح أيضا . ويجاب بأن المفسدة هى الجهالة المفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك لأنها جهالة فى الساقط ، وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول ، بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثانى كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول : فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفتدى بالصلح على ماسيجىء (قوله لأنه لقطع الشغب) أقول : ولا يلزم أن يكون لافتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية فى الهامش .

والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة فى الساقط فلا تفضى إلى المنازعة على مامرّ . قال (ومن ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له فى وقت كذا فسئل البينة فقال جحدنى الهبة فاشتريتها منه وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لاتقبل بينته) لظهور التناقض إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق، ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضا ذكره فى بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك لا اهب عندها ، ودعوى الشراء رجوع عنه فعدّ مناقضا ، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة

(قوله ومن ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له فى وقت) يعنى ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها إلىّ فلكتها وهى الآن فى يده وأطالبه بدفعها إلىّ فطالبه القاضى بالبيان فقال ليس لى بينة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسلم ظفر بها فحبسها عنى فاشتريتها منه وأقام بينة فشهدوا وأرّخوا وقتا قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة (لاتقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة ، لأن الدعوى أن الشراء فى تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بأنه قبل الهبة وبين نفس أجزاء الدعوى لأنه بمقتضى البينة ، وقوله كأنه قال وهب لى هذا الشىء وكان ملكى بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق) الذى وفقه (ولو ادعى الهبة) يعنى وأرّخ فطولب بالبينة (فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها) توفيقا (لم تقبل أيضا ذكره فى بعض النسخ) كأنه يريد نسخ الأصل (لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها ، ودعوى الشراء رجوع منه فعدّ مناقضا بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملك الواهب عندها) أى عند الهبة ، ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لإمكان الحمل على ماينتفى به التناقض ،

الصلح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية مافى الباب أن الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شىء ويمكنه إزالة الفساد بإعلام مقدار مما يدعى فلا يكون رده مفيدا قال(ومن ادّعى دارا فى يد رجل الخ) إذا ادّعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها إليه وإنما ملكه بطريق الهبة والتسلم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لى بينة تشهد على الشراء لأنى طلبت منه فجحدنى الهبة فاضطررت إلى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه وأقام البينة على الشراء ، فإن شهدت على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لاتقبل لظهور التناقض من وجهين : أحدهما من حيث أن المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدنى الهبة فاشتريتها منه ، والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى . والثانى من حيث الدعوى نفسها إن ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لأنه حينئذ يكون قائلا وهب لى هذه الدار وكانت ملكا لى بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء ، وإن شهدوا بالشراء بعد الوقت الذى ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق . ووقع فى بعض النسخ وهم يشهدون به قبله : أى قبل عقد الهبة أو وقتها ، وفى بعضها قبلها : أى قبل الهبة ، وكذا فى قوله ولو شهدوا به بعده ، ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها منه لم تقبل أيضا لأن دعوى الهبة إقرارا منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعدّ مناقضا . وأما إذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لأنه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض . قيل ينبغى أن لاتقبل فى هذه الصورة أيضا لانه ادعى شراء باطلا لأنه ادعى شراء ماملكه بالهبة . وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسخها من الأصل وتوقف الفسخ فى حق المدعى على رضاه ، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما

(قوله إن ثبت موجب الشهادة) أقول : وجعلناه مدعيا على وفقها (قال المصنف : بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول : المراد هو الدعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل .

لأنه تقرر ملكه عندها (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لأن المشترى لما جحده كان فسخا من جهته، إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ ، وبمجرد العزم إن كان لايثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه .

وهذا على إحدى الروايتين فى تصحيح الدعوى إذا أمكن التوفيق وإن لم يوفق المدعى . وشاهده ما ذكر فى رجل ادّعى دارا فى يد رجل أنها داره اشتراها من أبيه فى صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بينة ولم تزك أولم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة أنها داره ورثها من أبيه قبل القاضى بينته ولا يكون دعواه الإرث تناقضا ، ولو ادعى الإرث من الأب أولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لايقضى له بالدار لإمكان التوفيق فى الأول ، بخلاف الثانى. قال شيخ الإسلام إذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وإن لم يدع المدعى التوفيق . وفى دعوى المبسوط إشارة إلى أنه لاتقبل بينة إلا أن يوفق المدعى ، فكان التوفيق من المدعى شرطا فى رواية وليس شرطا فى أخرى . وفى المحيط : قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياس ، وما قالوا لايوفق بدون دعواه استحسان . فإن قيل : ينبغى أن لاتقبل هذه البينة لأنه يدعى شراء ما ملكه بالهبة والتسليم . أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاحد إلا النكاح ، وهنا كذلك فإن الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده ، وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما ، فإذا اشترى هو ذلك فقد اشترى مالا يملكه (قوله ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية فأنكر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها) لوجهين أحدهما (أن المشترى لما جحد كان فسخا من جهته إذ الفسخ يثبت بالجحد كما إذا تجاحدا) معا حيث ينفسخ قطعا (فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه أن مجرد العزم لايحصل به الفسخ ؛ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لاينفسخ . الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من إمساكها

فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لايملكه فكان صحيحا ، قال (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية الخ) رجل قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية فأنكره إن أجمع على ترك الخصومة : أى عزم بقلبه ، وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه : أى حل له أن يطأ الجارية لأن المشترى لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته إذ الفسخ يثبت به لأن الجحود إنكار للعقد من الأصل والفسخ رفع له من الأصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فإنه يجعل فسخا لا محالة ، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين. قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تتزوج بزوج آخر إقامة لهما مقام الفسخ ، لكن ليس لها ذلك . وأجيب بأن الشىء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة ، والنكاح لايحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع . فإن قيل : مجرد العزم قد لايثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لاينفسخ بمجرده تنزل المصنف فى الجواب فقال : وبمجرد العزم إن كان لايثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهيه كالاستخدام ، لأن ذلك لايحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة ، وبه يندفع ما قال زفر إنه لايحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشترى بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لأن التقايل موجود دلالة (قوله ولأنه) دليل آخر

(قوله تنزل المصنف فى الجواب الخ) أقول : فى العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لايحل بدون الفسخ) أقول : فيه شىء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهيه ، والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفى .

قال (ومن أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق) وفى بعض النسخ اقتضى ، وهو عبارة عن القبض أيضا . ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوّز به فى الصرف

أو نقلها إلى بيته ، فإن إمساكها لايحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة ، لأن الأخذ والاستعمال لايحل بلا قبول . وفى المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم ، وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولايكتفى بمجرد النية . وبنى فى الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره فى الجامع : اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشترى الثانى البيع فخاصمه المشترى الأول إلى القاضى ولا بينة له فعزم المشترى الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثانى . فإن كان عزم المشترى على ترك الخصومة بعد تحليف الثانى يرده ، أو قبله فلا لأنه غير مضطر فى فسخ البيع الثانى ، وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوّج ، والنكاح لايحتمل الفسخ بسبب من الأسباب . الوجه الثانى التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضى ، وسنذكر نظر صاحب الكافى فى تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقرّ) هنا مسائل الإقرار بالقبض ومسائل الإقرار بالدين ، أما مسائل القبض ما إذا أقرّ (أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق . وفى بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعنى أقرّ

فإن المشترى لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ، ولما تعذر فات رضا البائع ، وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مرّ . والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان فى الأول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع . وفى الثانى يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده . قال (ومن أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقرّ أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال إنه زيوف صدق سواء كان مفصولا أو موصولا دل على ذلك دلالة ثم فى الكتاب والتصريح به فى غيره . وفى بعض نسخ الجامع الصغير وقع فى موضع قبض اقتضى والمعنى هاهنا واحد والحكم فيهما سواء . ووجه ذلك أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ، بدليل أنه لو تجوّز به فيما لايجوز الاستبدال فى بدله كالصرف والسلم جاز ، ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا وهو فيهما لايجوز كما تقدم . فإن قيل : الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ماله حق قبضه لا ماليس له ذلك ؛ ولو أقرّ بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه ، فكذا هذا . أجاب المصنف بقوله والقبض لايختص بالجياد وهو منع للملازمة ، وقوله حملا لحاله على ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لأنه دون حقه ، وإنما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه ، وإذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالإقرار به لايستلزم الإقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه ، والقول قول المنكر باليمين ، والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم . وعلم من هذا أنه لو أقرّ بالجياد وهو حقه أو بحقه

(قوله لفوات ركن البيع) أقول : فيه بحث لأن الرضا شرط إلا أن يجعله ركنا مجازا (قوله أو ثمن سلعة) أقول : فيه بحث (قوله ثم قال إنه زيوف) أقول : أى المقبوض زيوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول : أى على استوائهما ، فإنه إذا صدق فى قوله مفصولا على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولا بالطريق الأولى (قوله لو أقر بالجياد وهو حقه أو بحقه) أقول : قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجياد .

والسلم جاز ، والقبض لايختص بالجياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقرّ أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفى الستوقة لا يصدق

أنه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل إجارة أو قال غصبت منه أو أودعنى ألف درهم ثم قال إلا أنها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد نعم هى زيوف أو نبهرجة يصدق فى الوصل والفصل . وفى المبسوط : أقرّ الطالب أنه قبض مما له على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل ، وإطلاق المصنف قوله صدق يفيده، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بالدين . فى المبسوط فى باب الإقرار بالدين : لو قال لفلان علىّ

أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا أو نبهرجة لم يصدق لإقراره بقبض الجياد صريحا فى الأول ودلالة فى الباقى لأن حقه فى الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان فى دعواه الزيوف متناقضا ، ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا فى المبيع على البائع وأنكره ، فإن القول قول البائع لا المشترى الذى أنكر قبض حقه لأن المشترى أقرّ بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثانى : أعنى المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الأول . قال صاحب النهاية : جمع بين هذه المسائل الأربع فى الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقرّ أنه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى أنها زيوف فإنه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا ، وفيما بقى لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا . والفرق هو أن فى قوله قبضت مالى عليه أو حقى عليه جعل مقرّا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد ، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح ، كما لو قال لفلان علىّ ألف إلا مائة ؛ فأما إذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقرّ بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة ، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة وذلك باطل ، كمن قال لفلان علىّ مائة درهم ودينار إلا دينارا كان الاستثناء باطلا ، وإن ذكره موصولا كذا هاهنا (قوله وفى الستوقة لا يصدق) يعنى لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم ، حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا فى دعواه . قال صاحب النهاية : ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك . ونقل عن المبسوط فى آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم ، إن كان مفصولا لم يسمع ، وإن كان موصولا لا يسمع . والستوقة أقرب إلى الدراهم من الرصاص ، فإذا كان الحكم فى الرصاص ذلك ففى الستوقة أولى وكأن الاعتراضين وقعا للذهول عن التدقيق فى كلام المصنف ، فإن كلامه فيما إذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم

(قال المصنف : أو استوفى) أقول : معطوف على قبض الجياد ، والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان فى دعواه الزيوف متناقضا) أقول : لو صح هذا ينبغى أن لا يصدق إذا وصل أيضا . والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا فى المبيع على البائع وأنكره ، فإن القول قول البائع لا المشترى الذى أنكر قبض حقه لأن المشترى أقر بقبض حقه الخ) أقول : قوله أنكر : أى فى زعم السائل ، وقوله أقر : أى دلالة . ثم أقول : قال العلامة الزيلعى : وبخلاف ما إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين فى البيع ، فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل كلامه ، بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت فى الذمة ولم يقر بقبض حقه ، وإنما أقر بقبض الدراهم وهى متنوعة ، فبالإقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه . انتهى توضيح ما ذكره فى دعوى العيب . وفيه بحث ، لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول : لأن قوله جيادا مفسر لا يقبل التأويل ، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو أن فى قوله قبضت مالى عليه الخ) أقول : ولا يخفى عليك أن دعواه كونها زيوفا لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق .

لأنه ليس من جنس الدراهم ، حتى لو تجوّز به فيما ذكرنا لايجوز . والزيف مازيفه بيت المال ، والنبهرجة مايرده التجار ، والستوقة مايغلب عليه الغش .

ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو إجارة إلا أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق فى دعوى الزيافة وصل أم فصل فى قول أبى حنيفة . وعندهما يصدق إن وصل لا إن فصل . ولو قال لفلان علىّ ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ : هو على الخلاف أيضا لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بالتجارة إذ هو اللائق بحال المسلم . وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة ، فإذا لم يصرح فى كلامه بجهة التجارة لاتصير صفة الجودة مستحقة ، وتأتى الحجج إن شاء الله تعالى من الجانبين . وقال الشافعى وأحمد : إذا فصل لايقبل فى جميع الصور لأنه كما ذكر العشرة فهم الجياد . وقوله هى زيوف رجوع عما أقرّ به : قلنا : فى مسئلتنا إنما أقرّ بقبض الدراهم وقبض الدراهم لايختص بالجياد ، لأن اسم الدراهم لايختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة ، فإذا قال هى زيوف أو نبهرجة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا أنه قبض حقه أعنى الجياد ، فيصدق مع يمينه إذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شىء لأن الأعم يصدق على كل أخص ، فإذا نفى أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه مما صدقاته الأخرى لايكون مناقضا ، بخلاف ما لو قال هى ستوقة أو رصاص لايقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعا . وأما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لايصدق فى دعواه الزيوف والنبهرجة ، لأنه فى هذا مقرّ بقبض الجياد صريحا فى الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن ، وكذا بدل الإجارة هى الجياد . قال فى النهاية : جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع فى الجواب بأنه لايصدق وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقرّ بقبض الجياد ثم ادعى أنها زيوف لايصدق لا موصولا ولا مفصولا ، وفيما بقى يصدق موصولا لا مفصولا . والفرق أن قوله قبضت مالى عليه أو حقى إقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد ، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال علىّ ألف إلا مائة : أما إذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقرّ بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة ، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة وذلك باطل ، كما إذا قال علىّ مائة درهم ودينار إلا دينارا فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولا : فإن قيل : يجب أن لايصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الإقرار بلفظ واحد لأن الجودة تبع للدراهم وصفة لها ، واستثناء التبع موصولا لايصح كاستثناء

ادعى فإنه للتراخى ، ولا نزاع فى غير الزيوف والنبهرجة أنه إذا ادعاه لاتقبل مفصولا ، وأما أنه هل يقبل موصولا أو لا لم يصرح بذكره اعتمادا على أنه لما كان بيان تغيير وهو لايقبل مفصولا ويقبل موصولا ، وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر . بقى الكلام فيما إذا أقرّ بالدراهم الجياد وادعى أنها زيوف فإنه لايقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم . ويجاب عن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول إنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر ، لا من حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الأصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف ، فإنه ماعزاه إلى شىء من النسخ ، وتمثيله باستثناء الدينار قد لاينهض لأن الجودة وصف لايصح استثناؤه فكأنه لم يستثن ، ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال : أى ردّه ، والنبهرجة بما يرده التجار ، ولعله أردأ من الزيف ، والستوقة مايغلب عليه الغش ، قيل هو معرب ستو وهى أردأ من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم :

(قوله وذكر أحد الجانبين) أقول : يعنى البيان مفصولا (قوله فهم الجانب الآخر) أقول : جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول : فيه مامر (قوله لايصح استثناؤه) أقول : مطلقا أو إذا كان دخوله فى المستثنى منه تبعا لا مقصودا والثانى مسلم ، ولا كذلك فيما نحن فيه والأول ممنوع .

قال (ومن قال لآخر لك علىّ ألف درهم فقال ليس لى عليك شيء ثم قال فى مكانه بل لى عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتدّ برد المقر له ، والثانى دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه ،

البناء من الدار لا يصح وإن كان موصولا . قلنا : إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز إخراجه موصولا . وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لأنه أقرّ بقبض ما عليه ، وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخلة تحت قوله مالى عليه وحق عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى . وقال صاحب الدراية بعد أن نقله : فيه نوع تأمل . وعندى أن التأمل يشده لا يرده . وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر فى السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدا تابعة للموصوف . وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا . فحاصل ردّه على السائل أن ما يكون تبعا فى الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقى سواء كان تبعا فى الوجود له أو أصلا مثله . وإنما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لأن غشها غالب . واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة إلى الغالب متعين . فإذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم إلا مجازا ، ولذا قيل هو معرّب سه طاقه : يعنى ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة . والأوسط نحاس ، وهى شبه المموّه . وتعقب فى النهاية إطلاق قوله فى الستوقة لا يصدق بل ذاك إذا قال مفصولا . أما فى الموصول يجب أن يصدق لأنه قال فى إقرار المبسوط : لو أقرّ أنه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق ، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة ، وإن قال موصولا فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل فيصح موصولا فنى الستوقة أولى ، لأن الرصاص أبعد منها إلى الدراهم . وذكر المحبوبى فى جامعه مصرحا فقال : فأما إذا قال وجدتها ستوقة أو رصاصا قال شيخ الإسلام خواهر زاده : ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصولا ، وقدمنا أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب أنها كانت جيادا فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : أحلفه إذا اتهمته (قوله ومن قال لآخر لك علىّ ألف درهم فقال ليس لى عليك شيء) أو قال هى لك أو قال هى لفلان فقد رد إقراره ، فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع منا ، لا إن عاد المقر إلى الإقرار بها بعد رد المقرّ له فصدقه بعد الإقرار الثانى فإنه يثبت استحسانا لا قياسا ،

قال (ومن قال لآخر لك علىّ ألف درهم الخ) اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله ، فإن كان الأول فإما أن يستقل المقرّ بإثباته أولا ، والأول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل بإثباته ، والثانى يحتاج إلى تصديق خصمه ، فعلى هذا إذا قال لآخر لك علىّ ألف درهم فقال ليس لى عليك شيء . ثم قال فى مكانه بل لى عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقرّ أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة ، وقد رده المقر له فيرتد . وقوله بل لى عليك ألف درهم غير مفيد لأنه دعوى فلا بدّ لها من حجة : أى بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقرّ ثانيا لزمه المال استحسانا . وإذا قال اشتريت منى هذا العبد فأنكر له أن يصدقه بعد ذلك لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد : يعنى المقر له لا يتفرد بالرد ، كما أن المقر لا يتفرد بإثباته ، والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ، بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالإثبات فيتفرد الآخر بالرد . قلت : إن عزم المقرّ على ترك

(قال المصنف : فلا بد من الحجة) أقول : كيف تقبل حجته وهو مناقض فى دعواه ، تأمل فى جوابه ..

بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه ، لأن أحد المتعاقدين لايتفرد بالفسخ كما لايتفرد بالعقد ، والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ، أما المقرّ له يتفرد برد الإقرار فافترقا . قال (ومن ادعى على آخر مالا

بخلاف ما لو أقرّ سيد العبد بنسبه لإنسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقرّ لنفسه حيث لايثبت عند أبى حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب لايرتد بالرد حتى كان للرادّ أن يعود ويدعيه ، فلما لم يبطل بالردّ بقى مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت منى وأنكر ، له أن) يعود ف(يصدقه لأن أحد المتعاقدين لاينفرد بالفسخ) فإنكاره إن كان فسخا من جهته لايحصل به الانفساخ ، وكان العقد قائما بعد إنكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقرّ له) بالمال (فيتفرد بالرد فافترقا) وناقضه فى الكافى بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لاينفرد بالفسخ ، وفيما تقدم : يعنى من مسئلة التجاحد قال : ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى ، وهو صحيح . ويقتضى أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا .

[وهذه فروع ذكرها فى النهاية] لو صدقه ثم ردّ إقراره لايرتد . لو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل ، وكذا لو قبل المديون الإبراء ثم رده ، وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لايرتد بالرد لأنه إعتاق ، هذا كله فى ردّ المقرّ له إقرار المقرّ . فأما لو رد المقرّ إقرار نفسه كأن أقرّ بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد أن أقرّ بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا لفلان ثم قال هو لى وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تحليف الدائن أنه أقبضه لايحلف فى المسائل كلها عند أبى حنيفة ومحمد لأنه متناقض ، فهو كما لو قال ليس لى على فلان شىء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لايحلف ، وعند أبى يوسف والشافعى يحلف وهو رواية عن أحمد ، لأن العادة جرت على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الإشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة ، وصار كما لو أقر بالبيع وقال : كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه ، كذا هذا . وقال الصدر الشهيد : الرأى فى التحليف إلى القاضى يريد أنه يجتهد فى خصوص الوقائع ، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقرّ وأشهد يحلف له خصمه وإن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لايحلفه ، وهذا إنما هو بالتفرس فى الأخصام والله الهادى (قوله ومن ادعى على آخر مالا) معلوم

الخصومة وجب أن لايفيده التصديق بعد الإنكار ، فإن الفسخ قد تم ، ولهذا لو كانت جارية حلّ وطؤها كما تقدم ، ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال فى مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كانا دليل الفسخ . وبه سقط ما قال فى الكافى ذكر فى الهداية أن أحد العاقدين لايتفرد بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب ، وذلك لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد ، وهاهنا لما أقرّ المشترى فى مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثانى ، كما إذا أقرّ بنسب عبده من إنسان فكذبه المقرّ له ثم ادّعاه المقر لنفسه فإنه لايثبت منه النسب عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لايحتمل الإبطال فلا يرتد بالردّ وإن وافقه المقر على ذلك . قال (ومن ادعى على آخر مالا الخ) إذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علىّ شىء قط ، ومعناه نفى الوجوب عليه فى الماضى على سبيل

(قوله فإن العزم والنقل الخ) أقول : النقل قد يكون بالأمر للغلام نفسه أو لغيره والآمر فى مكانه .

فقال ماكان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الإبراء . وقال زفر رحمه الله : لاتقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا . ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا إذا قال ليس لك على شيء قط لأن التوفيق أظهر (ولو قال ماكان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لايكون بين اثنين ، أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة . وذكر القدورى رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه

القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ماكان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته ، وكذلك) لو أقامها (على الإبراء . وقال زفر لاتقبل) ونقل عن ابن أبى ليلى (لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ماكان لك على شيء قط ، فإذا أقام بينة على أنه قضاه ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وإن لم يكن عليه حق (ويبرأ منه و) لذا (يقال قضى بباطل ، و) أيضا (قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا لوقال ليس لك على شيء قط لأن التوفيق أظهر) لأنه نفى فى الحال وهو لايستلزم النفى مطلقا لجواز القضاء أو الإبراء بعد اللزوم فينتفى فى الحال بعد وجوده ، وهذا الإطلاق يقتضى قبول البينة إذا احتاج إلى التوفيق من غير دعوى التوفيق . وفى بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ، ولم يذكر فى بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى فى الكل ويحمل ماسكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال فى الأقضية : لاينبغى للقاضى أن يوفق لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ولأن القاضى لايدرى مايوفق به المدعى . وفى الفوائد الظهيرية : كان والدى يفتى بأن التوفيق إذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كى لاتتعطل حجج الشرع . والتوسط فى هذا أن وجه التوفيق إذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على أنه قضاه ونحوه ، وإن كان متكلفا لايعتبره القاضى واقعا مالم يذكره المدعى ، والله سبحانه أعلم . وذلك مثل قوله وهبها لى ثم أنكرها فاشتريتها ، وكذا فيما يأتى فى الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئنى من العيوب فإن مثل هذا فى الحقيقة تلقين للحجة . هذا (فلو) زاد على ذلك ف(قال ماكان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بينى وبينك مخالطة ولا أخذ ولا إعطاء أو ما اجتمعت معك فى مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الإبراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدورى) عن أصحابنا (أنها تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه

الاستغراق فأقام المدعى البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاه أو على الإبراء قبلت بينته . وقال زفر : وهو قول ابن أبى ليلى : إنها لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب ، وقد أنكره فكان مناقضا فى دعواه ، وقبول البينة يقتضى دعوى صحيحة . ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق ، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا إذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بحالها لأن التوفيق أظهر لأن ليس لنفى الحال ، فإذا أقام المدعى البينة على المدعى به والمدعى عليه

(قال المصنف : ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول : مخالف لما سيأتى فى الإقرار فى تعليل كون قوله قضيتكها إقرارا (قال المصنف : وكذا إذا قال ليس لك الخ) أقول : لأن ليس لنفى الحال فى وضع اللغة فلا يكون مناقضا فى دعوى القضاء لا ظاهرا ولا حقيقة ، بخلاف قوله ماكان لأنه لنفى الماضى فيكون مناقضا من حيث الظاهر .

فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق . قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشترى البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا .

فيأمر بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا يجب التفصيل ، فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لاتقبل بينته وإلا قبلت . وفى الشافى : لو قال لم أدفع إليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئا وقد دفعته ، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغى أن يسمع لأن المناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ، ولهذا لو صدّقه المدعى عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشى . وقيل تقبل البينة على الإبراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة (قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه) إياها منه فقبضها (فوجد بها أصبعا زائدة) أو نحوه من عيب لايحدث مثله فى تلك المدة ليعلم أنه كان فى يد البائع وأراد ردها (فأقام البائع بينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل . وعن أبى يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعنى التوفيق فى الدين . وقوله وعن أبى يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه ، ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا فى الجامع الصغير ، وإنما حكاه الخصاف عن أبى يوسف رحمه الله . ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ، ولكنه لما ادعى علىّ البيع سألته أن يبرئنى من العيب فأبرأنى . قال شارح : ولأن البيع غير البراءة من العيب فجحود أحدهما لايمنع دعوى الآخر ، ولا يخفى مافيه . وذكر فى وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلا عن المالك فى البيع فكان قوله للمالك مابعتها لك قط صدقا فإقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا ، والوجه أعم . لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لايوفق بذلك . ونظيره ماذكر التمرتاشى : أقام بينة على الشراء وذو اليد ينكر ، ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ، ولا يبطل إنكاره البيع بينته لأنه يقول أخذها منى ببينة كاذبة ثم استقلته فأقالنى

على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا ، قالوا : دلت المسئلة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه ، واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال : ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت ، وكذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هى بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت الألف إليه قبلت ؛ ولو قال ما كان لك علىّ شىء قط ولا أعرفك أوما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بينى وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق إذ لايكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة . وذكر القدورى عن أصحابنا أنه أيضا تقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا . قالوا : وعلى هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لاتقبل بينته ، وقيل تقبل البينة على الإبراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بلا معرفة . قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله فى مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البينة على أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينته . ذكرها فى الجامع الصغير ولم يحك خلافا . والخصاف أثبته عن أبى يوسف ، وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبى يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين ، فإنه لو أنكره أصلا ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء

ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا ، بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر . قال (ذكر حق كتب فى أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولىّ ما فيه إن شاء الله تعالى ، أو كتب فى شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق ، وقولهما استحسان ذكره فى الإقرار) لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق ، وكذا الأصل فى الكلام الاستبداد .

(ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا ، بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا) ولا يخفى أن كلا من وجهى التوفيق الأول والثالث يدفع هذا (قوله ذكر حق) يعنى صكا فى إقرار بدين (قال فى آخره : ومن قام بهذا الذكر فهو ولىّ ما فيه) يعنى من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ، ثم كتب (إن شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشترى من الدرك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله (فعند أبى حنيفة يبطل الصك كله) الدين فى الأول والشراء فى هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح ، وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشىء واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف إلى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق ، وكذا الأصل فى الكلام الاستبداد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه إلى الأخير ، هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على أنه قد يكتب للإبطال لغرض قد يتفق . وظاهر الوجه من الجانبين أن إن شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء ، غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء إلى ما يليه خاصة بسبب العطف ، وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد ، إذ لو

قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق ، فكذلك يجوز هاهنا أن يقول : لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئنى من العيب فأبرأنى . وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، وذلك يقتضى وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضا ، بخلاف مسئلة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر . قال (ذكر حق كتب فى أسفله الخ) إذا أقرّ على نفسه وكتب صكا وكتب فى آخره : ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولى ما فيه ، وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو كتب فى كتاب شراء ما أدرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : : الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح ، والمال المقرّ به لازم لأنه استثناء ، والاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأنه للاستيثاق والتوكيد وصرفه إلى الجميع مبطل ، فما فرض للاستيثاق لم يكن له ، هذا خلف باطل ، ولأن الأصل فى الكلام الاستبداد فلا يكون ما فى الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه وهذا استحسان . والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقا ، أو إذا لم يكتب فى آخره إن شاء الله تعالى ، والثانى مسلم ولا كلام فيه ، والأول عين النزاع ، والأصل فى الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الكل فيما نحن فيه كشىء واحد بحكم العطف فينصرف إلى

وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ؛ ولو ترك فرجة قالوا : لايلتحق به ويصير كفاصل السكوت ، والله أعلم بالصواب .

كان كذلك لم يتصوّر وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف إلى الأخيرة لأن وجود الجمل المتعددة إنما يكون بالعطف ، فإذا كان العطف يصيرها كواحد لزم فى كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ويستحيل وجود المسئلة ، بل الوجه إن شاء الله شرط ، وحكم الشرط إذا تعقب جملا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذرفيما ذكرنا ، فمشى أبو حنيفة على حكمه ، وهما أخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ماذكرناه ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله . هذا إذا كان إن شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة ، فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا . وقد أورد أن هذا الكلام يقتضى أنه لو لم يكتب إن شاء الله لم يبطل شيء ، ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة فى قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولىّ مافيه ، وتوكيل المجهول لايصح . أجيب بأن الغرض من الكتابة إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى ، فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة ، فإن التوكيل بالخصومة لايصح إلا برضا الخصم عنده . ودفع بأنه لايفيد على قوله لأن بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول ، والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا . وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبى ليلى فإنه لايصحح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز ، لكن ذكر فى كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبى ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا .

الكل ، كما لوقال عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله إن شاء الله تعالى فإنه ينصرف إلى الجميع ، هذا إذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال فى الكلام ، وأما إذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لايلتحق به ويصير كفاصل السكوت . وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر فى الشروط إثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبى حنيفة ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لايصح بلا ضرورة ، وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لأنه فى الإسقاط ، فإن للمقر أن لايرضى بتوكيل المقرّ له ممن يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس فى الخصومة ، فإذا رضى فقد أسقط حقه ، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم . وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبى ليلى لأنه لايجوّز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا إذا رضى بوكالة وكيل مجهول لاعن مذهب أبى حنيفة فإن الرضا بالوكالة المجهولة عنده لايثبت فوجوده كعدمه .

(قال المصنف : وله أن الكل ، إلى قوله : إن شاء الله) أقول : لايقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله ، لأن ذلك فى الاستثناء بإلا ، وقوله إن شاء الله شرط ساغ إطلاق الاستثناء عليه فى عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل ، والله تعالى أعلم .

(فصل فى القضاء بالمواريث)

قال (وإذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله : القول قولها لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء

(فصل فى القضاء بالمواريث)

(وإذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنا أستحق فى ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الأولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع يمينه ، ولا حلف عليهم إلا إن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر : القول لها لأن الإسلام حادث فـ)الظاهر (إضافته إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان) من الميراث (ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء

(فصل فى القضاء بالمواريث)

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل إلى هذا الموضع . قال(وإذا مات النصرانى فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مسئلتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر . وهو على نوعين : أحدهما أن يقال كان ثابتا فى الماضى فيكون ثابتا فى الحال كحياة المفقود ؛ والثانى أن يقال هو ثابت فى الحال فيحكم بثبوته فى الماضى كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره ، وهو حجة دافعة لامثبتة عندنا كما عرف فى أصول الفقه فإذا مات النصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة . وقال زفر : القول قولها لأن الإسلام حادث بالاتفاق ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات لذلك . ولنا أن سبب الحرمان ثابت فى الحال لاختلاف الدينين ، وكل ماهو ثابت فى الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال : أى باستصحاب الحال كما فى جريان ماء الطاحونة إذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضى مدة فإنه يحكم فى الحال ، فإن كان الماء جاريا فى الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة ، وإن كان منقطعا كان القول للمستأجر .

(فصل فى القضاء بالمواريث)

(قوله كان القول للآخر وهو صاحب الطاحونة) أقول : أنكر صدر الشريعة فى شرح الوقاية صحة إطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه . قال فى النهاية ومعراج الدراية : فإن قيل : الماء إذا كان جاريا فى مسئلة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الأجر فقد تمسكم بالحال لإثبات استحقاقه الأجر . قلنا : اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد ، ولكن اختلفا فى التأكيد والظاهر يصلح حجة التأكيد ، وفى مسئلة الميراث اختلفا فى وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما : أى الزوج والزوجة فى الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة . فإن قيل : يشكل هذا بمسئلة ذكرها فى الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه فالقول قول الابن المتفق على إسلامه ، ولم يجعل الحال حكما على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب فى الحال وهو البنوة . قلنا : ماذكرنا من الطريق إنما يصار إليه إذا اختلفا فى الماضى فى ثبوت ماهو ثابت

الطاحونة ؛ وهذا ظاهر نعتبره للدفع ؛ وما ذكره يعتبره للاستحقاق ؛ ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا، ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه ، أما الورثة فهم الدافعون

الطاحونة وهذا ظاهر) هو استصحاب : أعنى استصحاب الماضى للحال (نعتبره للدفع ، وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضى للحال ومن الحال إلى الماضى ، ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك ، والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طالبه بمدة فقال : كان الماء منقطعا حكم جريانه فى الحال ، فإذا كان منقطعا فى الحال فيعطف على الماضى لدفع استحقاق أجرة الماضى فكذا هذا ، والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر ، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كأخبار الآحاد قد أثبت مايوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا (لأن الاستصحاب للاستحقاق وهى محتاجة إليه ، أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفى لهم فى ذلك وهو

(قوله وهذا) يعنى تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعنى زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا ، وفيه نظر لأن زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الأصل فى الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات ، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضا ظاهر ، والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لأن تحكيمه يؤدى إلى جعله حجة للاستحقاق الذى هى محتاجة إليه وهو لا يصلح لذلك ، وبهذا القدر يتم الدليل . وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة إلى معنى آخر ، وهو أن فى كل مسئلة منها اجتمع نوعا

فى الحال ، أما إذا اتفقا فى الماضى على خلاف ماهو ثابت فى الحال غير أنهما اختلفا فى مقداره فلا يصار إلى تحكيم الحال (١) وإن كان السبب قائما ؛ ألا يرى أن فى مسئلة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع فى بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر بل انقطع شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان أو جاريا فى الحال لأنهما اختلفا فى جريان مقدر انقطاع مقدر وذلك غير ثابت للحال ، وفى مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع فى مقدار مدة الإسلام لا فى نفس الإسلام ، والثابت فى الحال نفس الإسلام مقدر فهذا هو المأخذ فى المسئلة . وذكر الإمام التمرتاشى مسئلة وهى ترد أيضا شبهة على الأصل وهو أن الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال : لو ادعت المرأة أنه أبانها فى المرض بعين صار هو فارا به وقالت الورثة فى الصحة فالقول قول المرأة ، لأنها أنكرت المانع وهو الطلاق فى الصحة : يعنى الأصل عدم المانع انتهى . وفيه تأمل ، ثم أقول : فى قوله : فإن قيل يشكل هذا إلى قوله مع قيام السبب فى الحال وهو البنوة بحث ظاهر ، إذ يجوز أن يقال : السبب هنا البنوة مع الاتفاق فى الدين عند الموت كما فى الزوجية لا البنوة فقط (قوله وهذا أى تحكيم الحال إلى قوله : وفيه نظر لأن زفر الخ) أقول : فالضمير البارز فى يعتبره راجع إلى الظاهر لا إلى الحال كما لا يخفى .

---

(١) (قول المحشى إلى تحكيم الحال ، إلى آخر القولة) كذا فى نسخة ، وفى أخرى بدله « إلى الإشهاد » بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه . قال الفاضل الشهير بخضرشاه عليه رحمة الله : كذا فى النهاية وليس كما ينبغى ، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه : أعنى الملك بنفسه ، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه : وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا يثبت الحكم بنفسها ، بل إذا نقله إلى مجلس القاضى وحكم القاضى بها ، ولعمرى إن هذا من الظهور ، وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هادى الأعلام اه . وقيل معناه أن حكم البيع لثبوت الملك للمشترى فى البيع وفى الثمن للبائع يثبت بنفس العقد ، وكذا فى نظائره ، أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل

ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا :

استصحاب ما فى الماضى من كفرها إلى ما بعد موته ، فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق . فإن قيل : اعتبار الحال فى ماء الطاحونة شاهدا للماضى عمل بإثبات الاستحقاق بالاستصحاب فإن به يستحق المكرى أجر الماضى إذا كان جاريا . أجيب بأن هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ، ولكن اختلفا فى التأكيد ، والظاهر يصلح حجة للتأكيد . وفى مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين فى الدين عند الموت . واستشكل بما ذكر محمد فى الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على إسلامه ، ولم يجعل الحال حكما حكما على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب فى الحال وهو البنوة . أجيب بأنه إنما يصار لما ذكر من الطريق إذا اختلفا فى تمام الماضى فى ثبوت ما هو ثابت للحال . وأما إذا اختلفا فى مقدار منه فلا يصار إلى تحكيم الحال وإن كان السبب قائما ، حتى أن فى مسئلة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع فى بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآجر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء أو جاريا فى الحال لأنهما اختلفا فى جريان مقدار هو غير ثابت للحال . وفى مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع فى مقدار مدة الإسلام لا فى نفس الإسلام أنه كان أو لم يكن والثابت فى الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر فهذا هو المأخذ فى المسئلة . وذكر الإمام التمرتاشى مسئلة وهى ترد أيضا شبهة على الأصل : أعنى كون الاستحقاق لايثبت بالظاهر ؛ وهو لوادعت المرأة أنه أبانها فى المرض فصار فارًا فأنا أرث وقالت الورثة بل فى الصحة فالقول قولها لأنها أنكرت

الاستصحاب : أما فى الأولى فلأن نصرانية امرأة النصرانى كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت إسلاما حادثا ؛ فبالنظر إلى ماكانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول ، وبالنظر إلى ماهو موجود فى الحال . والأصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثانى ، فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثانى ليكون دافعا فكان القول قوله . وأما فى الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة والإسلام حادث ، فالنظر إلى النصرانية يقتضى بقاءها إلى مابعد الموت ، والنظر إلى الإسلام يقتضى أن يكون ثابتا قبل موته ، فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهولايصلح فاعتبرنا الأول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به . وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات . فإن قيل : إن كان ظاهر الحدوث معتبر فى الدلالة كان ظاهر زفر فى المسئلة الأولى معارضا للاستصحاب ويحتاج إلى مرجح والأصل عدمه . فالجواب أنه معتبر فى الدفع لافى الإثبات ، وزفر يعتبره للإثبات : ونوقض بنقض إجمالى وهو أن ماذكرتم على أن الاستصحاب لايصلح للإثبات لوكان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال به لإثبات الأجر . والجواب أنه استدلال لدفع مايدعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر ، وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق المُوجب له

بقضاء القاضى هذا ، والظاهر ما فى النهاية لما أن الذى يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسى لا المشهود به ، ولأن تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى .

قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لاوارث له غيره فإنه يدفع المـال إليه) لأنه أقرّ أن مافى يده حق الوارث خلافة فصاركما إذا أقرّ أنه حق المورث وهو حى أصالة ، بخلاف ماإذا أقرلرجل أنه وكيل المودع بالقبض أوأنه اشتراه منه حيث لايؤمر بالدفع إليه لأنه أقرّ بقيام حق المودع إذ هوحىّ فيكون إقرارا على مال الغير ، ولاكذلك بعد موته ، بخلاف المديون إذا أقرّ بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه (فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأول ليس له ابن غيرى قضى بالمـال للأوّل) لأنه لما صح إقراره للأوّل انقطع يده عن المـال فيكون هذا إقرارا على الأول فلا يصح إقراره للثانى ، كما إذا كان الأول ابنا معروفا ، ولأنه حين أقرّ للأول لامكذب له فصح ، وحين أقرّ للثانى له مكذب

المـانع من الإرث وهو الطلاق فى الصحة : يعنى والأصل عدم المـانع (قوله ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقرّ المستودع أنه ابن الميت لاوارث له غيره) فإن القاضى يقضى عليه بالدفع إليه (لأنه أقرّ أن ما فى يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة . بخلاف ما إذا أقرّ) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أى بقبض الوديعة (أوأنه اشتراه) أى اشترى الوديعة التى فى يده من المودع (حيث لايؤمر بالدفع إليه لأنه أقرّ بقيام حق المودع) وملكه فى الوديعة الآن (إذ هو حىّ فيكون إقرارا على مال الغير ، ولاكذلك بعد موته) لزوال ملكه فإنه اقرّ له بملكه لمـا فى يده من غير ثبوت ملك المالك معين فيه للحال وفى فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لاينفذ فى حق غيره : أعنى المـالك لأنه لايملك إبطال ملكه بإقراره فصار كالإقرار بالوكالة بقبض الوديعة ، ثم لو دفع إلى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها ؟ قيل لا لأنه يصير ساعيا فى نقض ماتم به . وقال ظهير الدين كان والدى يتردد فى جواب هذه المسئلة ، ولو لم يدفع الوديعة للذى أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لأنه منعها من وكيل المودع فى زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع ، وقيل لا لأنه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون إذا أقرّ لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فإنه يؤمر بالدفع إليه لأنه غير مقرّ على مال غيره (إذ الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فإنما أقرّ على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن إذا لم يعترف بالوكالة إذا قدم (فيؤمر بالدفع . ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وأنكر الابن الأول قضى بالمـال للأوّل) وحده (لأنه لما صح إقراره للأول) على ذلك الوجه (انقطع يده على المـال فيكون إقرارا على) الغير وهو الابن (الأول فلا يصح كما لو كان الأول ابنا معروفا ، ولأنه حين أقرّ للأول لا مكذب له فصح ، وحين أقرّ للثانى له مكذب) وهو

فيكون دافعا لا موجبا ، واعتبر هذا واستغن عما فى النهاية من التطويل . قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت لاوارث له غيره يقضى الحاكم عليه بدفعه إلى المقرّ له لأنه أقرّ أن ما فى يده حق الوارث وملكه خلافة . ومن أقرّ بملك شخص عنده وجب دفعه إليه كما إذا أقرّ أنه حق المورّث وهوحىّ أصالة ، بخلاف ما إذا أقرلرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لايؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون إقرارا على مال الغير ، ولقائل أن يقول : كان الواجب فى المسئلة الأولى أن لايؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت فى المـآل باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته إليه كالدين وغيره : فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك . والجواب أن استحقاق الوارث ثبت بإقراره بيقين ، وما يوجب قيام حق الميت فى المـآل متوهم فلا يؤخر اليقين به ، فإذا امتنع فى الوديعة حتى هلكت هل يضمن أولا ؟ قيل يضمن . وقيل لايضمن ، وكان ينبغى أن يضمن لأن المنع من وكيل

فلم يصح .

الأول (فلا يصح) وهل يضمن للابن الثانى شيئا . قال فى غاية البيان : إنه لايغرم المودع للابن الثانى شيئا بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف ، وهذا لأنه لايلزم من مجرد ثبوت البنوّة ثبوت الإرث فلا يكون الإقرار بالبنوّة إقرارا بالمال . وفى الدراية و النهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدّى للابن الثانى الذى أقرّ له إذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضى . وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى قول ، وفى قول لايضمن لأن إقراره للثانى صادف ملك الغير فلا يلزم منه شىء . وقال فى النهاية : فإن قيل : كان ينبغى أن يضمن المودع للابن الثانى الذى أقرّ له أنه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالإقرار لغير القاضى المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضى إليه ، وقد ذكر فى أدب القاضى من الكتاب أنه يضمن للقاضى قيمته . قلنا : هنا أيضا يضمن إذا دفع الوديعة إلى الابن الأول بغير قضاء القاضى نصف ما أدّى إلى الأول انتهى . وهذا هو الصواب . واختلف فى اللقطة إذا أقرّ الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع إليه ؟ مذكور فى اللقطة . وفى الجامع الصغير : لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لايؤمر بالدفع ، هذا كله فى الابن ، فلو أقرّ المودع لرجل أنه أخو الميت شقيقه وأنه لاوارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف مثلا أنه صادق فالقاضى يتأنى فى ذلك لأن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن ، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفى الوصية هو مقرّ على الغير لأنه أقرّ أنه ليس بخلف عن الميت ، وإذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت وكان القول قوله فى الوصية ، وإن لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدّع ما أقرّ به لكن بتكفيل ثقة ، وإن لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لايهلك أمانة ، وإن كان غير ثقة تلوّم القاضى حتى يظهر أنه لاوارث للميت ، أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ، ولم يقدر مدة التلوّم بشىء بل موكول إلى رأى القاضى وهذا أشبه بأبى حنيفة وعندهما مقدّر بحول ، هكذا حكى الخلاف فى الخلاصة عن الأقضية . قال : وعن أبى يوسف مقدر بشهر ، هذا إذا قال ذو اليد لاوارث له غيره ، فإن قال له وارث ولا أدرى أمات أم لا لايدفع إلى أحد منهم شيئا لاقبل التلوّم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره ، وكل من يرث فى حال دون حال كالأخ والأب والأم والبنت كالابن ؛ ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره ، أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيرى وادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله

المودع فى زعمه كالمنع من المودع و فى المنع عنه يضمن فكذا من وكيله ، وإن سلمها هل له أن يستردها ؟ قيل لا يملك ذلك لأنه يصير ساعيا فى نقض ماتم من جهته ، بخلاف المديون إذا أقرّ بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه إقرار على الغير ، بل الإقرار فيه على نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها ، ولو أقرّ المودع بعد الإقرار الأول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأنكره الأول بأن قال ليس له ابن غيرى قضى بالمال للأول ، لأنه لما صح إقراره للأوّل فى وقت لامزاحم له انقطع يده عن المال ، فالإقرار الثانى يكون إقرارا على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا ، ولأنه حين أقرّ للأول لم يكذبه أحد فصح إقراره ، وحين أقرّ للثانى كذبه الأول فلا يصح . واعترض بأن تكذيب غيره ينبغى أن لايؤثر فى إقراره فيجب عليه ضمان نصف ماأدّى للأول . وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذى أقرّ بتسليم الوديعة من القاضى بعد ما أقر لغير من أقر له القاضى وقد

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : يؤخذ الكفيل ، والمسئلة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره .

أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدرى للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن لمدعى الوصية شيء بهذا الإقرار ، ويدفع القاضي إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخ إذا انفرد ، أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعى البنوّة مدّعي الأخوّة لكن مدعى هذه الأشياء إذا زاحمه مدعى الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا بإقرار ذى اليد فمدعى الأخوّة أو البنوّة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له ، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية ، فإن قام أخذ بها ، وهل يؤخذ منه الكفيل ؟ تقدم ، ولو أقرّ ذو اليد أن الميت أقر أن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه ، أو أن هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عايناه أقر ، بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لأن ذا اليد أقرّ بسبب منتقض (قوله وإذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عنى به ابن أبي ليلى فإنه كان يفعله بالكوفة (وقالا : يؤخذ الكفيل) أى لا يدفع إليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره) أما إذا ثبتا بالإقرار فيؤخذ

تقدم فى أدب القاضي ، وأما إذا كان الدفع بقضاء كان فى الإقرار الثانى مكذبا شرعا فلا يلزمه الإقرار به .
قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) إذا حضر رجل وادعى دارا فى يد آخر أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له ؛ فإما أن يقرّ به ذو اليد أولا ، فإن كان الثانى وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه : أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم مالم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم ، والقضاء بالمجهول متعذر . والثانى أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره ، وفيه يقضى الحاكم بجميع التركة من غير تلوّم وهاتان بالاتفاق . والثالث أنهم إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا فى شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره ، فإن القاضي يتلوّم زمانا على قدر ما يرى . وقدر الطحاوى مدة التلوّم بالحول ، فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالأب والابن ، فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع إليه ، وإن كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله ، وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله ، وقول أبي حنيفة مضطرب .
فإذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه ؟ قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم . قيل أراد به ابن أبي ليلى وقالا : له ذلك وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة . لهما أن القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط فى أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه ،

(قوله كان فى الإقرار الثانى مكذبا شرعا الخ) أقول : وأما فى المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا فى قوله تسلمتها من القاضي إذ لا منافاة بين تسلمتها منه وكونها لمن أقر له فافهم (قال المصنف : وإذا قسم الميراث) أقول : فيه تسامح (قوله ولم يقولوا فى شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره) أقول : أو غريما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول : وفى الدرر بالنفس (قوله وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة) أقول : قال فى النهاية : قال الإمام التمرتاشي : لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد

لهما أن القاضي ناظر للغيب ، والظاهر أن فى التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى

الكفيل بالاتفاق ، وإذا قال الشهود لانعلم له وارثا غيره لايكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب أو لايحجب ، ولو قالوا لاوارث له غيره فكذلك استحسانا . ثم ماذكر من نفى الدفع إذا لم يقل الشهود لانعلم له وارثا آخر هو فيما إذا كان وارثا لايحجب بغيره ، وتفصيل المسئلة فى أدب القاضي للصدر الشهيد قال : وإذا حضر الرجل وادعى دارا فى يد رجل أنها كانت لأبيه مات وتركهاميراثا له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لاتقبل ولا يدفع إليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما ، والقضاء بغير المعلوم متعذر . وهنا ثلاثة فصول : الأول هذا ، وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم . والثانى أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لانعلم له وارثا غيره ، فإن القاضي يقضى بجميع التركة بلا تلوّم . الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لانعلم له وارثا غيره فإن القاضي يتلوّم زمانا على قدر مايرى ، فإن حضر وارث آخر قسم المال بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار إليه ويأخذ كفيلا عندهما ، ولا يأخذ عند أبى حنيفة رضى الله عنه ثم إنما يدفع إلى الوارث الذى حضر جميع المال إذا كان ممن لايحجب كالأب والابن ، فإن كان يحجب بغيره كالجد والأخ والعم لايدفع إليه ، وإن كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع إليه أقل النصيبين عند أبى يوسف ، وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة ، وقول أبى حنيفة مضطرب . هذا إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، فأما إذا ثبت بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق . ومن صوره ما إذا أقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه ، وهو أليق بقول أبى حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا يغلب على ظنه أنه لو كان له ابن آخر لظهر ، وقدره الطحاوى بعام ، فإن لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر . قيل هذا قولهما ، وعند أبى حنيفة لايأخذ ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أى مأمور بالنظر لهم (والظاهر أن فى التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا ، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع) القاضي (الآبق واللقطة إلى)

كما إذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فإنه يأخذ منه كفيلا ، وكما لو أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت فى غيبته وله عند إنسان وديعة يقرّ بها المودع وبقيام النكاح فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا . ولأبى حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعا إن لم يكن له وارث آخر بيقين ، أو ظاهرا إن كان له وارث آخر فى الواقع لم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة ، فكان العمل بالظاهر واجبا عليه ، والثابت قطعا أو ظاهرا لايؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذى اليد أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فإنه يدفع المبيع إلى المشترى والدين إلى المدعى من غير كفيل ، وإن كان حضور مشترٍ آخر قبله وغريم آخر

عليه فالقاضي يتأنى فى ذلك زمانا على حسب مايرى . وذكر بكر أن كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا إلى القاضي ، وقدر الطحاوى مدة التلوم بالحول ، وإن لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال ويأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر ، هذا قولهما . وعند أبى حنيفة لايأخذ ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة اهـ .

صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله . ولأبى حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا ، أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن فى يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فى دينه لايكفل ، ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء

الذى أثبت عنده أنه (صاحبه) أخذ كفيلا للمعنى الذى ذكرنا وهو أن القاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأة الغائب) يعنى إذا كانت تستنفق : أى تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله فى يد رجل وديعة وهو مقرّ بالزوجية والوديعة فالقاضى يعطيها (من ماله) ويأخذ كفيلا (ولأبى حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعا) أى فيما إذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما إذا كان موجودا والقاضى لم يكلف بإظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) إلى زمان التكفيل (لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار (كمن أثبت الشراء ممن فى يده) لا يؤخذ كفيل من المشترى بعد ما أثبت شراءه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من ربّ الدين (الذى أثبت دينه على العبد بالبينة (حتى بيع) العبد (لأجل دينه) وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد (ولأن المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لأحد الغرماء ، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت والزوج معلوم ، فأما الآبق واللقطة ففى) أخذ (الكفيل روايتان عنه ، والأصح أنه على الخلاف . وقيل إن دفع اللقطة بعلامة أو بإقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ، ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة وإقرار العبد بالإباق . لايقال : يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لأنه ليس بخصم ، ولا يقال يأخذ للميت لأن حقه فى تسليم ماله إلى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل . فإن قيل : القاضى يتلوّم فى هذه الصورة بالإجماع ذكره فى الأسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد ، والتلوّم : إنما هو لتوهم وارث أو غريم آخر ، وبعد التلوّم ما انقطعت الشبهة فينبغى أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع إلى الحاضر لقيام الحجة لأن الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها فى الدفع إليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة فى حق الكفيل عملا بالجهتين . أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوّم لأن التلوّم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن ، فإن التلوّم يقوم مقام قول الشهود لاوارث له غيره فإن هذا ليس بشهادة لأنها على النفى ، بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره ، أما الكفالة فطلب

فى حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم إلى زمان التكفيل (قوله ولأن المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل ، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وهاهنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لأحد الغرماء . فإن قيل : إذا أقرّ به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول . أجيب بأنه إذا أقرّ به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة أن ثمة مالكا لامحالة ، وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له . ونقل التمرتاشى فيه خلافا فإن ثبت فلا إشكال . لايقال : الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بخصم ولا للميت لأن الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهى من الميت غير متصورة . وعورض بأن القاضى يتلوّم فى هذه الصورة بالإجماع على مايراه ، وفى ذلك تأخير لحق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز . وأجيب بأن التلوّم ليس للحق الموهوم ، بل إنما هو

(قوله أجيب بأنه إذا أقر به الخ) أقول : فا الجواب فى مسئلة الآبق واللقطة ، ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضى الخ) أقول : ويمكن توجيهه نقضا كما لايخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول : ألاترى أن الوهم موجود وإن قال الشهود لانعلم لهوارثا آخر .

بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف . وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ، ولهذا كان له أن يمنع : وقوله ظلم : أى ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض . قال (وإذا كانت الدار فى يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر فى يد الذى هى فى يده ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : إن كان الذى هى فى يده جاحدا أخذ منه وجعل فى يد أمين ، وإن لم يجحد ترك فى يده) لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال فى يده : بخلاف المقر لأنه أمين . وله أن القضاء وقع للميت مقصودا

أمر زائد من المستحق فلا يجوز إلا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم . قال المصنف (وقوله ظلم) أى قول أبى حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) أنه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرّهم إلى هذا القول بوجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطإ وتقريرهم على الصواب واجبا . وسبب نسبة هذا القول إلى أبى حنيفة ما روى عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتى : كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد . ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا ، إذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق ، وإلا لكان الحق متعددا ، فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب : أى يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد ، فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب . وقال محمد : ولو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضى بينهما نفذ وقال أخطأ السنة (قوله وإذا كانت الدار فى يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر فى يد الذى هى فى يده) إلى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وقالا : إن كان الذى هى فى يده) قد (جحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين ، وإن لم يكن جحد ترك فى يده . لهما أن الجاحد خائن) ظهرت خيانته بالجحد (فلا يترك فى يده) لقرب أن يتصرف فيه إما لاعتقاده أنها ملكه وأن البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها (ولأبى حنيفة أن القضاء) إنما (يقع أولا للميت مقصودا) لأنه بعد ثبوت أنه ماله

أمر يفعله القاضى لنفسه احتياطا فى طلب زيادة مايدل على نفى شريك للحاضر فى الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لاوارث له غيره فى الدلالة على ذلك ، فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لأن الشهادة على النفى باطلة بل خبر يستأنس به على نفى الشريك ، والتلوّم من القاضى يقوم مقامه فى إفادة ذلك فى حقه وليس ثمة طلب شىء زائد من المستحق ، بخلاف طلب الكفالة . وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل . أما مسئلة النفقة فلأن التكفيل فيها لحق ثابت وهوما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الآبق واللقطة فى كل واحد منهما روايتان) قال فى رواية : لا أحب أن يأخذ منه كفيلا ، وقال فى رواية : أحب أن يأخذ منه كفيلا ، قالوا فى شروح الجامع الصغير : والصحيح أن الرواية الأولى قول أبى حنيفة فلا يصح القياس حينئذ . وقال العتابى (إن دفع العبد بإقراره إلى المدعى واللقطة بإخبار المدعى عن علامة فيه يكفل بالإجماع) قال المصنف (لأن الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع

واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرًا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي ، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ، ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه ،

حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض يده كالمقرّ وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي) بها للميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي) وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب ، وكذا احتراق المحضر والتلف نادر لايوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله(فقد قيل يؤخذ منه)النصف(بالاتفاق لأنه محتاج إلى الحفظ

(قوله ، وقوله) أى قول أبي حنيفة(ظلم : أى ميل عن سواء السبيل) إنما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله(وهذا) أى إطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب ، وادعاءهم أن ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى . قال (وإذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذى اليد ولا يؤخذ من ذى اليد كفيل ، وهذا : أى ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله ، وأما عدم الاستيثاق بالكفيل هاهنا فبالإجماع ، وقالا : من في يده الدار إن كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين وإلا ترك في يده ، لأن الجاحد خائن والخائن لايترك مال الغير في يده والمقرّ أمين فيجوز أن يترك المال بيده . ولأبي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من هو غير مختار له ، وإنما قال واحتمال كونه لأن كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي ، واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما إذا كان من بيده مقرًا فإنه إنما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وجحوده) جواب عما ذكراه . ووجهه أن الخيانة بالجحود إما أن تكون باعتبار مامضى أو ما سيأتي ، والأول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازمه. والثاني ظاهر العدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك ، وكتبت في الخريطة الظاهر أن لايجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة . لايقال : موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا ، لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له (ولو كانت الدعوى في منقول) والمسئلة بحالها

(قال المصنف : والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول : قال في الكافي : أى لذى اليد وجحوده باعتبار اشتباه الأمر عليه وقد زال اهـ . يعنى أن الظاهر ذلك ، وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما إن الجاحد خائن (قال المصنف : والنزع أبلغ فيه) أقول : أى في المنقول : كذا في معراج الدراية والنهاية . الظاهر أن يقال : أى في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي .

بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصى الأم والأخ والعم على الصغير . وقيل المنقول على الخلاف أيضا ، وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ ، وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضى إنما نصب لقطعها لا لإنشائها ، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة

والنزع أبلغ فى الحفظ) من تركه فى يده إذ ربما يتصرّف فيه متأولا كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا) أى ولأجل أن المنقول محتاج إلى الحفظ دون العقار ، والنزع أبلغ فى حفظه من تركه (يملك الوصىّ بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار . وكذا حكم وصىّ الأم والأخ والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية فى المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك فى يد الذى جحد وعندهما يؤخذ منه (وإنما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبى حنيفة من الذى هى فى يده (لأنه إنشاء خصومة ، والقاضى إنما نصب لقطعها) وهذا لأنه ربما لا يجد كفيلا أو لا يسمح بإعطائه والأخ الحاضر يطالبه به فيثور الخصومة (ثم إذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء) الكائن فى غيبته (لأن أحد الورثة

(فقد قيل ينزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ ، وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالنزع أبلغ فيه ، أما أنه يحتاج فيه إلى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل إلى محل ، وأما أن النزع أبلغ فيه فلأن النزع أبلغ فى الحفظ ، لأنه لما جحده من بيده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه . وإذا نزعه الحاكم ووضعه فى يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا (بخلاف العقار فإنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصىّ بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا وصى الأم والأخ والعم على الصغير) وإنما خصهم بالذكر لأنه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبى حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته إلى الحفظ ، فإذا ترك فى يده كان مضمونا عليه ، ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذى يضعه القاضى فى يده فكان الترك أبلغ فى الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لأن ما قيل إنه لما جحد من فى يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه ساقطا لعبرة نظرا إلى ما تقدم من علم القاضى وطائفة من الناس وكتابته فى الخريطة ، وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف فى العقار فسقط الفرق (قوله وإنما لم يؤخذ الكفيل) راجع إلى قوله ولا يستوثق منه بكفيل . ومعناه أخذ الكفيل إنشاء خصومة ، لأن من بيده الباقى قد لا تسمح نفسه بإعطائه والقاضى يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضى لم ينصب لإنشائها بل لقطعها . فإن قيل : هب أن القاضى لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضى يقطعها بحكمه بإعطائه . قلت : يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل هاهنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا لشيء كان منشئا له هذا خلف (قوله وإذا حضر الغائب) اختلف المشايخ فى

(قوله أو لزعمه أنه ملكه) أقول : أى إن كان عدلا (قوله فإذا ترك فى يده كان مضمونا عليه) أقول : يعنى لجحوده السابق وفيه بحث ، فإنه قد ارتفع مع لازمه الذى هو الخيانة بقضاء القاضى كما صرح به آنفا فينبغى أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول : الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضى يطالبه به) أقول : فيه إشارة إلى أن ما فى النهاية من قوله والأخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغى لعدم مطابقته المشروح (قوله فإن قيل : هب الخ) أقول : ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول : القطع الخصومة المتقدمة ، ثم أقول : فيه بحث لأنه إن أراد كليا فممنوع ؛ ألا يرى إلى ضمان الدرك ، وإن أراد جزئيا فسلم ولا يفيد ، اللهم

ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينا لأن المقضىّ له وعليه إنما هو الميت فى الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ، ولهذا لايستوفى إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت ، إلا أنه إنما يثبت استحقاق ، الكل على أحد الورثة إذا كان الكل فى يده . ذكره فى الجامع لأنه لايكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على مافى يده .

ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أوعينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة إلى كل الورثة وهذا منهم . وقوله (لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت فى الحقيقة) على ماذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك ، بخلاف الاستيفاء) أى استيفاء نصيبه (لأنه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لايستوفى إلا نصيب نفسه وصار كما إذا قامت البينة بدين للميت) فإنه يقضى بالكل ولا يأخذ إلا نصيب نفسه . وقوله (إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (إذا كانت) التركة كلها (فى يده)

فى وجوب إعادة البينة إذا حضر ، فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبى حنيفة فى القصاص إذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فإنه يحتاج إلى إعادتها ، ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف . قال الإمام فخر الإسلام : وهو الأصح لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه) إن كان الكل بيده كما سيجىء (دينا كان أو عينا لأن المقضى له وعليه فى الحقيقة إنما هو الميت) لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك) كالوكيلين بالخصومة إذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم ، ولهذا قلنا : إذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البينة يثبت فى حق الكل ، وكذا إذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت فى حق الكل . فإن قيل : لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لايدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع . أجاب بقوله (بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائبا عن غيره) ولقائل أن يقول : فليكن عاملا لنفسه فى نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه . وجوابه أن السائل قال : لكن لايدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع ، وما كان كذلك لايقبل التشكيك ، وقوله (وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت) أى بدين للميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر . وقوله إلا أنه) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصما إلى قوله له وعليه : يعنى أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده ، ذكره فى الجامع وإلا كان خصما عما فى يده لأنه لايكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على مافى يده .

إلا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لانسلم أنه ليس هاهنا خصومة متقدمة إلا أن يقال : ارتفع ذلك بقضاء القاضى فليتأمل (قوله إذا أقام الحاضر البينة الخ) أقول : التفصيل فى باب الشهادة فى القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول : اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء إلى جواب آخر ، وأنت تعلم أن كونه نائبا عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل ، ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإثبات فليتأمل (قوله يعنى أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا الخ) أقول : فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين ، فإن الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم يكن فى يد الحاضر شىء على ماصرحوا . ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصما فى جميع الدين فى حق الاستحقاق عليه ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على مافى يده فليتأمل .

قال (ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على مافيه الزكاة ، وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شىء) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل ، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما فى الوصية .

أى فى يد الحاضر ، حتى لوكان البعض فى يده ينفذ بقدره لأنه لاخصومة بدون اليد ، ذكره فى الجامع الكبير. قال فى شهادات المواريث : ولو مات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار فى يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخواى فلان وفلان قبضا نصيبهما وأودعانى وغابا وقال المدعى كانت دارى فى يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضا ثلثيها شائعا وأودعاها عندك وأنا أقيم البينة أنها دارى تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه ، فإن حضر الغائبان وصدقا فى الإرث وجحدا حق المدعى فالقضاء ماض ، وإن كذباه وقالا لم نرثها من أبينا بل ثلثاها لنا لابالإرث يقال للمدعى أعد بينتك عليهما فى ثلثى الدار لأن ذلك على غير خصم لأن إقرار الحاضر يعمل فى حقه لا فى حق الغائبين . قال العتابى : قال مشايخنا : هذا إذا لم تكن الدار مقسومة ، أما إذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لاتقبل بينة المدعى فى نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصما فيها ، بخلاف ماقبل القسمة لأنه مبنى على حكم ملك الميت على ماعرف . ولوكان ثلثا الدار فى يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقرّ بأنه وديعة لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصما للمدعى ، وكذلك الابن الحاضر لايكون خصما فى ذلك لأن الوارث إنما يكون خصما للمدعى على الميت فيما فى يده لا فيما فى يد غيره . قال الاستروشنى فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى عين هو فى يده لافى عين ليس فى يده ، حتى أن من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس فى يده ذلك العين لاتسمع دعواه ، وفى دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وإن لم يكن فى يده شىء (قوله ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على مافيه الزكاة) فيلزمه التصدق بجميع مايملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته . فإذا أصاب شيئا تصدق بقدر ما أمسك ، وإذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين أن يبلغ ماعنده نصابا أولا ، لأن المعتبر جنس مافيه الزكاة دون قدره ، ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به ، فإن قضى به دينا لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال ، والقياس أن يلزمه التصدق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبتى والنخعى والشافعى . وقال مالك وأحمد : يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لأبى لبابة حين قال : إن من توبتى أن أنخلع من مالى صدقة : « يجزئك الثلث » (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه

قال (ومن قال مالى فى المساكين صدقة الخ) رجل قال مالى فى المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع مايملكه من أجناس الأموال التى تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أولا ، لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ، ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به ، فإن قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لأن المعتبر جنس ماتجب فيه الزكاة ، وإن لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالأموال التى لاتجب فى جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شىء والقياس) فى الأول أيضا (أن يقع على كل شىء كما قال به زفر) لأن اسم المال عام

(قال المصنف : ومن قال مالى فى المساكين الخ) أقول : وفى إيراد مسئلة النذر فى فصل القضاء بالمواريث نظر ، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التى هى أخت الميراث .

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال : أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهى فلا يختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة ، أما الوصية تقع فى حال الاستغناء فينصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبى يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة ، إذ جهة الصدقة فى العشرية راجحة عنده ، وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب

الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه » (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إلى ما أوجب الشرع فيه الصدقة) وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعاق الإيجاب ببعضه ، قال تعالى ـ خذ من أموالهم صدقة ـ ولم يعم كل مال ، وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ إنما يصدق بالأخذ من كل مال ، وذكرنا فى الأصول أن بالأخذ من جنس الأموال يصدق بأنه أخذ من أموالهم حقيقة ، وإنما ذاك قول الشافعى ، والأحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع إذ منع منه قوله تعالى ـ ولا تبسطها كل البسط ـ فوجب تقييدها ببعضها ، ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى إياها بإيجاب التصدق منها . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه » لا ينافيه لأن إخراج ماذكرنا من أجناس المال طاعة ، وإنما يلزم لو تقيد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية . وحديث أبى لبابة ليس فيه تصريح بأنه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصده. وأما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك أيضا فقلنا : لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لأن فى تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوخ له فيه مع وجود الورثة . وأما نفاذه فى الكل إذا لم يكن له ورثة فلأنها إنما توجب ذلك فى حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعى ، وهذا لأن النهى ما كان فى حالة الحياة إلا لقيام حاجته الناجزة فى الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها فى قوله صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » فيؤدى إلى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سبب المعصية ، وهذا المعنى منتف بعد الموت. وقول المصنف (ولأن الظاهر أنه إنما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقريرا لإبداء المخصص يعنى أن العموم وإن كان ثابتا لكن هنا معنى يخصصه

يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله) إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبدا به لئلا ينزع إلى الشركة وإيجاب الشرع فى المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة ، فكذا إيجاب العبد . ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب فى الشرع من جنسه شىء ، وهو معتبر لأنه لبث فى مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات ، أو لأنه فى معنى الصلاة لأنه لانتظار أوقات الصلاة ، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه فى الصلاة (أما الوصية فهى أخت الميراث لأنها خلافة كالوراثة) من حيث أنهما يثبتان الملك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) فى الشرع فكذا الوصية (قوله ولأن الظاهر) دليل آخر : يعنى أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فإنها تقع فى حال الاستغناء عن الأموال فتنصرف إلى الكل ، والأرض العشرية تدخل فى النذر وعند أبى يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة عنده راجحة) فى العشر فصارت الأرض العشرية كأموال التجارة لأنها من جنس الأموال التى تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الإمام التمرتاشى قول أبى حنيفة مع محمد رحمهما الله (لأنه) أى الأرض العشرية والتذكير لتذكير الخبر (سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الأرض الخراجية

(قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ) أقول : ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى ، وإلا لم يجب له التصدق بكل ماله وهو ظاهر .

المؤنة ، إذ جهة المؤنة راجحة عنده ، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة . ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال ، والمقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم ، والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ،

وهو أن الظاهر من إرسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله علم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم ، فكان ظاهرا في إرادة الخصوص ، وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو أيضا من إبداء المخصص ، وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة . وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبة في العشر . وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا ، لأن جهة المؤنة غالبة عنده ، ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل) لأن المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال . قال المصنف (والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤذنك بقصدهم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل ، وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله على أن أهدى جميع مالي أو جميع ملكي ، إلا أن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل ، بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فلله على أن أهدى جميع مالي حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم ، إلا أن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف ، وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه ، وقوله (على ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا .

فلا تدخل بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة) لأن مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء (ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال) زكويا أو غيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، ذكرها في الأمالي لأن ما أملك أعم من مالي لأن الملك يطلق على المال وغيره ، يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة ، والمال لا يطلق على ما ليس بمال ، وإذا كان أعم ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضا إظهارا لزيادة عمومه . فإن قيل : الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية . أجاب (بأن المقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم) وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع (والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أملك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالأموال الزكوية ، وهو اختيار الإمام شمس الأئمة السرخسي (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية : إن قوله (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى

(قوله وإيجاب الشرع في المال الخ) أقول : إذا عبر بلفظ المال كقوله تعالى - خذ من أموالهم صدقة - (قوله فكذا إيجاب العبد) أقول : إذا أضاف الإيجاب إلى لفظ المال (قوله وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع) أقول : ممنوع ، فإن إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الأملاك يكفي لاعتبار إيجاب العبد به كما في إيجاب الاعتكاف على ما مر آنفا ؛ ألا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف إلى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فليتأمل .

(ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ، ثم إذا أصاب شيئا تصدّق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدّر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه . وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم إلى المال ، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله . قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصى والبيع جائز ، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز فى الفصل الأول أيضا لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهى الوكالة . ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها

(ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب يعنى مال الزكاة على بعد ذلك (يمسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (وإذا استفاد شيئا تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدّر محمد) مقدارا فى أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال أو كثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف يمسك ليوم) لأنه يكتسب يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يجبيها يمسك (شهرا)لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك ، وأما فى عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يوجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغى أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر مايرجع إليه ماله) (قوله ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصى) بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبى يوسف لا يجوز فى الوصية أيضا لأن الوصاية إنابة) أى استنابة والمعروف من اللغة فى الإنابة إنما هو معنى الرجوع والإقلاع من أناب إلى الله ، واستدل فى النهاية أنها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشرى لها كذلك فى تفسير سورة الروم ، والزمخشرى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لأبى تمام وأبى الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) فى التصرف عن الميت كالوراثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لإضافتها) إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ، ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورّث ظهر نفاذه حين صدر

وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمقيد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ، ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته لأن حاجته هذه مقدمة) إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم إذا أصاب شيئا تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) فى المبسوط (مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها (وقيل المحترف يمسك قوت يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفق يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التى يؤجرها الإنسان (لشهر) لأن يده تصل إلى ما ينفق شهرا فشهرا (وصاحب الضياع لسنة) لأن يد الدهقان تصل إلى ما ينفق سنة فسنة (وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفى إيراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء فى المواريث نظر ، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التى هى أخت الميراث . قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه إيراد مسئلة الوكالة فى فصل القضاء فى المواريث ما ذكرنا آنفا . ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من

إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما فى تصرف الوارث . أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم ، وهذا لأنه لو توقف لايفوت النظر لقدرة الموكل ، وفى الأول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لأنه إثبات حق لا إلزام أمر . قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أورجل عدل) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية .

والوصاية استخلاف مضاف (إلى) مابعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم) كالوراثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينعزل الوكيل بالموت ، بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لأنه) إذا وقفناه على العلم (لايفوت النظر)لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفى الأول يفوت لعجز الموصى) بالموت ، وهذا إذا ثبتت الوكالة قصدا ، أما إذا ثبتت فى ضمن الأمر بالفعل ففيه روايتان ، وذلك مثل أن يقول لعبده اذهب إلى فلان يبيعك أو لامرأته اذهبى إلى فلان يطلقك أو اذهب بعبدى إلى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ، ذكر محمد فى كتاب الوكالة أنه جائز ، وذكر فى الزيادات أنه لايجوز فكان فيه روايتان : فى إحداهما لايتوقف على العلم ، وفى أخرى لابد من العلم . وذكر فى المأذون ما يوافق الأول وهو أنه إذا قال للناس بايعوا عبدى فإنى أذنت له فى التجارة فبايعوه جاز مع أنه لاعلم للعبد بالإذن ، وإذا توقفت الوكالة على العلم فلابد من ذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا . وقال الشافعى وأحمد لاتثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لأنها تتضمن عقدا كغيره من العقود و (لأنه) تسليط على مال الغير قلنا (إنه إثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا إلزام أمر) فإنه مختار فى القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده ، وهو محل الإجماع والنص ، فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقى ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والإخبار بها سواء ، وعند أبى حنيفة لايثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أى مخبران لأن لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجه قولهما إنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لابد من عدالة المخبر واحدا كان أو أكثر ، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندوانى وزعم أنه مذهب أبى حنيفة ، وقال معنى إطلاق الكتاب أن لايعلم

التركة فهو وصى وبيعه جائز ، وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه . وعن أبى يوسف أنه اعتبر الأول بالثانى لأن وصف الإنابة : أى النيابة جامع ، فإن الوصاية إنابة بعد الموت والوكالة إنابة قبله ، وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصى قبله . ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة والخلافة لاتتوقف على العلم فى التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح ، بخلاف الوكالة فإنها إنابة لقيام ولاية المستنيب ، والإنابة تتوقف على العلم لأنها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل ، وفى الأول لو توقفت على علمه فات لعجز الموصى . فإن قيل : إذا قال لرجل اشتر عبدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه . أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام فى الوكالة يثبت قصدا ، وهذا كما إذا قال بايعوا عبدى ولم يعلم به العبد فإن فيه روايتين فى إحداهما صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن لثبوته ضمنا ، فإذا ثبت أن علم الوكيل

(قوله أنه ثبت ضمنا) أقول : أى فى ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام فى الوكالة يثبت قصدا) أقول : قوله يثبت حال .

وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحدشطريها وهو العدد أو العدالة، بخلاف الأول ، وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ، وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده

حالهما إلا أن يعلمهما بالفسق ، وقيل بل هو على إطلاقه لأن تأثير العدد فوق تأثير العدالة ؛ ألا ترى أن القضاء بواحد عدل لاينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق أولى يثبت به ، وهو الصحيح (وهذا لأنه خبر ملزم) أى من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه . وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان إلزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم . ولما لم يكن هذا الإلزام كذلك كان إلزاما فيه قصور ، ووجوب الضمان أو تصرف بناء على الإلزام من وجه ، ثم يكفى لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذى ذكرنا ، بخلاف الإعلام بالوكالة فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلا لم يلزم أحد شطرى الشهادة ، وأجمعوا على أن المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ستّ مسائل ذكر محمد منها ثلاثة فى الأصل واثنتين فى النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه . أما الثلاث فإحداها عزل الوكيل . والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر إن كان رسولا ينحجر فاسقا كان أو عدلا ، وإن كان فضوليا يشترط أحد شطرى الشهادة فينحجر صدقه العبد أو كذبه ، وإن كان فاسقا إن صدقه انحجر وإلا فالمسئلة على الخلاف . والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه

بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلام ، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا أو على أضداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر : أى إطلاق محض لايشتمل على شىء من الإلزام ، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف . وأما النهى عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : هو والأول سواء ، لأنه من جنس المعاملات ، وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة وإذن العبد فى التجارة . ولأبى حنيفة أنه خبر ملزم ؛ أما أنه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام ، وأما أنه ملزم فلأنه ينفى جواز التصرف بعده . وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لأنه بالنظر إلى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والإذن وغيرهما ليس فى معناها ، وبالنظر إلى مافيه من نوع إلزام كان فى معناها فيشترط أحد شطرى الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين ، بخلاف الأول فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلا لم يكن فى معناها أصلا فلم يشترط فيه شىء من ذلك . وبخلاف رسول الوكل فإنه لايشترط فيه أيضا شىء من ذلك لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ، إذ ربما لايتفق لكل أحد فى كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله (قوله وعلى هذا الخلاف) يعنى الذى ذكره بين أبى حنيفة وصاحبيه فى اشتراط أحد شطريها فيما فيه إلزام المسائل المذكورة . قال فى النهاية إنها ستّ مسائل ثلاث منها ذكرها محمد فى المبسوط واثنتان ذكرهما فى النوادر ، والسادسة قاسها المشايخ عليها ، والمصنف ترك منها مسئلة . أما الأولى فهى التى ذكرناها من عزل الوكيل . والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب ، وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لأن حكم الرسول

(قال المصنف : فيشترط ، إلى قوله : أو العدالة) أقول : فيه إشارة إلى أن العدالة لاتشترط فى العدد وأن قوله عدل صفة رجل . قال فى التلويح وهو الأصح (قوله كعبارة المرسل الحاجة) أقول : فكما لاتشترط العدالة فى المرسل لاتشترط فى الرسول أيضا (قوله إذ ربما لايتفق الخ) أقول : علة لكون عبارته كعبارة المرسل لحاجة إلى الإرسال .

والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر إلينا . قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الإمام وكل واحد منهم لايلحقه ضمان كى لايتقاعد عن قبول هذه الأمانة فيضيع الحقوق ويرجع المشترى على الغرماء ، لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم

أوباعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية ، فإن أخبره واحد بالجناية فكذلك إن كان فاسقا ، إن صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختارا للدية . وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبى حنيفة لايكون مختارا للدية ، وعندهما يصير مختارا لها .

وأما اللتان فى النوادر فإحداهما الحربى إذا أسلم فى دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلا ، أو أخبره اثنان لزمته حتى لوترك شيئا منها كان عليه قضاؤه إجماعا ، وإن كان فاسقا فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف. قال شمس الأئمة السرخسى : الأصح عندى أنه يلزمه القضاء هاهنا اتفاقا لأن المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم : وفيه نظر ذكرناه فى كتابنا المسمى بتحرير الأصول. والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء فى حقه وإن كذبه فهى على الخلاف ، فإذا سكت لاتبطل شفعته عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل . والسادسة البكر إذا زوّجت بلا استئذان فأخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) أى لأجلهم ليوفى ديونهم التى كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشترى (لم يضمن) القاضى ولا أمينه للمشترى شيئا (لأن أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالإمام وكل من هؤلاء لايلحقه ضمان كى لايتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة ، و) إذا لم يرجع المشترى على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن (على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والتصرف (واقع لأجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما إذا كان العاقد محجورا عليه)

حكم مرسله كما مر ، وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف هاهنا . والثالثة العبد الجانى إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختيارا منه للفداء ، وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك ، وإلا فعلى الاختلاف عنده لايكون اختيارا خلافا لهما . وأولى النوادر المسلم الذى لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب عليه القضاء ، وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف ، وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فألزمه . وثانيها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت ، وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف . والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولى فسكتت فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف ، وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف . قال (وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) إذا باع القاضى أو أمينه عبدا للميت لأجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضى أو أمينه (لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الإمام ، والإمام لايضمن كى لايتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشترى على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشترى إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد) صبيا محجورا أو عبدا (محجورا عليه وهاهنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشترى على الغرماء .

(قوله والثالثة العبد الجانى إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول : قوله اثنان : أى فضوليان ، وقوله أو واحد : أى فضولى (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول : وفى كشف البزدوى قال عليه الصلاة والسلام « نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها » وفى حديث آخر « ألا فليبلغ الشاهد الغائب » اه . والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام « وبلغوا عنى ولو آية » فليتأمل (قوله وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فألزمه) أقول : لعدم اشتراط العدالة فى الرسول .

(وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى على الوصى) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه . قال (ورجع الوصى على الغرماء) لأنه عامل لهم ، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه . قالوا : ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا لأنه لحقه فى أمر الميت ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له .

(فصل آخر)

عبدا أو صبيا يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ، ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لأن التزام العهدة لايصح منهما لقصور الأهلية فى الصبى وحق السيد فى العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد ، وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم : ألا يرى أن القاضى لا يأمر الوصى أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشترى بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصى يرجع المشترى عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضى إياه عنه ثم الوصى يرجع به على الغريم) وكذا لو باع الوصى العبد لنفقة الوارث فإن المشترى يرجع على الوصى والوصى يرجع على الوارث لما قلنا إن البيع لأجله وهو الذى ينتفع به ، فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضى عنه من يقضى دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشترى . قال المصنف (قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا) يريد بالمائة ماضمن للمشترى فرضها مائة (لأنه لحقه) ذلك (فى أمر الميت) وينبغى أن يكون هذا بالاتفاق : أعنى جواز أن يقال : وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف . قيل نعم ، وقال مجد الأئمة السرخسى : لايأخذ فى الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره . وفى الكافى : الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت :

(فصـــل آخر)

(فإن أمر القاضى الوصى ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشترى على الوصى لأنه عاقد نيابة) فإن أوصى إليه الميت فظاهر ، وإن أقامه القاضى فكذلك لأن القاضى إنما أقامه نائبا عن الميت لاعن نفسه ، وعقد النائب كعقد المنوب عنه (فصار كما إذا باعه) الميت (بنفسه) فى حياته وفى ذلك كان يرجع المشترى عليه فهاهنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصى على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) أى يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا : يجوز أن يرجع بذلك أيضا لأن هذا الضمان لحقه فى أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له) :

(فصـــل آخر)

(فصـــل آخر)

(وإذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال : لاتأخذ بقوله حتى تعاين الحجة ، لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن ، وعلى هذه الرواية لايقبل كتابه . واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة فى زماننا إلا فى كتاب القاضى للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء فيقبل لخلوه عن التهمة ، ولأن طاعة أولى الأمر واجبة ، وفى تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور رحمه الله : إن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطإ والخيانة ، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر ، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا ، وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لايقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطإ والخيانة .

لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضى بانفراده هل يقبل مولى ومعزولا أخره (قوله وإذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد إخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لاتأخذ بقوله حتى تعاين الحجة) التى عنها حكم فيه بذلك . قال الفقيه أبو الليث : روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال : لايسعه ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته ، وزاد جماعة على هذا فقالوا : أو يشهد مع القاضى شاهد عدل على ذلك ، وهذا يفيد أن القاضى يشهد ، وليس معناه إلا أن يشهد القاضى والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى ، وإلا كان القاضى شاهدا على فعل نفسه ، وليس هنا من يشهد عنده إلا المأمور بإقامة الحد ، وهذا بعيد فى العادة : أعنى أن يشهد القاضى عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدى الآخر عنده ، ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا (لأن الغلط والخطأ فى الحكم محتمل) لأن القطع بنفيهما ليس إلا للأنبياء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لايقبل كتاب القاضى إلى القاضى) لأن الاعتماد فيه على خبر القاضى الكاتب بمفرده (واستحسن المشايخ هذه الرواية فى هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا فى كتاب القاضى إلى القاضى) لأن فيه ضرورة إحياء الحقوق ، ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل فى التوقف[1] لا إطلاقه (فقال الإمام أبو منصور : إن كان القاضى عدلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة) فى الدين بالعدالة والخطإ فى الحكم بالعلم (وإن كان عدلا جاهلا استفسر ، فإن أحسن) فى بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة وترك المصنف[2] قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقا عالما أو جاهلا ، فإن الفسق مانع من الركون لإخباره بالاستفسار ، وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه) فى الحال (فيقبل لخلوه عن التهمة) لأن التهمة إنما تتحقق فى إخبار بأمر لايمكن إنشاؤه

جمع فى هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعهما أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء ، وهو أن قول القاضى بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولا . قال (وإذا قال القاضى قد قضيت الخ) إذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك ، وهو ظاهر الرواية ، وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال : لاتأخذ بقوله مالم تكن الشهادة بحضرتك ، وهو رواية ابن سماعة عنه ، لأن قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن . واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا ، وهى تقتضى أن لايقبل كتابه

(قوله ما لم تكن الشهادة بحضرتك) أقول : أو الإقرار بحضرتك (قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول : لعل المراد بالغلط مايعم الكذب (قوله وهى تقتضى أن لايقبل كتابه أيضا) أقول : يعنى مطلقا .

---

(١) كتب بهامش نسخة العلامة البحراوى (قوله فى التوقف) كذا فى النسخ ، ولعله فى القبول لا إطلاقه : أى القبول ، فقوله لا إطلاقه نفى لما فى الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر .

(٢) (قوله وترك المصنف الخ) لعل النسخة التى كتب عليها الشارح لم يكن فيه القسمان المذكوران اه .

قال (وإذا عزل القاضى فقال لرجل أخذت منك ألفا و دفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضى . وكذا لو قال قضيت بقطع يدك فى حق ، هذا إذا كان الذى قطعت يده والذى أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له .

فى الحال فيحتمل عدم المطابقة ، أما إذا كان ذلك مما يقدر على إنشائه فى الحال فيجعل كأنه أنشأه فى الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى أن الذى يملك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو لايفيد ، فإن الاحتمال المانع قائم إذا عاين الحكم وإن لم يعاين الشهادة والشروط ، ولذا قال محمد : لايسعه ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا . ولما زاد من زاد على ماذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضى عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجها آخر وهو أن العادة أن ينصب فى كل بلدة قاض واحد ، ولو لم يكن خبر القاضى بانفراده حجة فى الإلزام لقلد فى كل بلدة قاضيان ، وأنت سمعت ماقدمناه فى تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لايزول إلا بالعلم بسبب القضاء ، وهذا لايتحقق عند المأمور إلا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضى الآمر فلان وفلان على الوجه الفلانى ويشهدوا توفر الشروط . وهذا لايتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاة كانوا أو لا ، فلا يلزم لذلك تكثيرهم ، فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله وإذا عزل القاضى فقال لرجل الخ) صورتها عزل القاضى فادعى عليه رجل أنه أخذ منه ألفا بغير حق أوقطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها إليه وقضيت بقطعك فى حق فالقول قول القاضى ، ولم يحك فى هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لأن هذا فى أمر فات فلابد أن يكون القول للقاضى ، وإلا امتنع الناس من قبول القضاء إذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات فى أنفس وأموال لاتحصر حينئذ فلا بد من كون القول له فى هذا ، بخلاف ما قبله لأن القتل والقطع بعد لم يقع فكان إعمال ذلك الاحتمال مفيدا ، نعم كون القول له على الاتفاق مقيد بما إذا كان المدعى مقرا بأنه فعل ذلك وهو قاض ، لأنهما لما توافقا

أيضا ، إلا أنهم تركوها فيه للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أن القاضى أخبر عما يملك إنشاءه لأن المتولى يتمكن من إنشاء القضاء ، ومن يتمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم فى خبره ، وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها . والثانى ممنوع ، والأول يجر إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ، ولأن القاضى من أولى الأمر وطاعة أولى الأمر واجبة وفى تصديقه طاعته فيجب تصديقه ، وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار ، وقالوا به إذا كان القاضى عدلا فقيها ، وعلى هذا تتأتى الأقسام العقلية كما قال الإمام أبومنصور ، فإن كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطإ لعلمه والخيانة لعدالته ، وهذا القسم لايحتاج إلى الاستفسار بالاتفاق ، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطإ ، فإن أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندى بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لاشبهة فيه ، وأنه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله ، وإلا فلا لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا أو الشبهة غير دارئة ، وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لايقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطإ فى الجهل والخيانة فى الفسق . قال (وإذا عزل القاضى فقال لرجل الخ) لما فرغ من بيان مايخبر به القاضى من قضائه فى زمن ولايته شرع فى بيان ذلك بعد عزله ، فإذا أخبر القاضى المقضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند إلى حال ولايته فلايخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه أو يكذبه فى حقيقته

(قوله ومن يتمكن من الإنشاء الخ) أقول : فيه ركاكة (قوله أو يكذبه فى حقيقته) أقول : ظاهره لايقابل الاحتمال الأول .

إذ القاضى لايقضى بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضى (ولو أقرّ القاطع والآخذ بما أقرّ به القاضى لايضمن أيضا) لأنه فعله فى حال القضاء ودفع القاضى صحيح كما إذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد

على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض ، والقول قوله فى ذلك لما قلنا (و) لأن الظاهر أنه (لايقضى بالجور ثم لايمين) على المعزول (لأنه ثبت فعله) وهو (فى) حال (قضائه بالتصادق ، و) لو ادعى عليه فى حال قضائه بذلك (لايمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الآخذ) للمال بأمر القاضى (بما أقرّ به القاضى) وهو أن القطع منه والأخذ كان بقضاء القاضى بالأخذ وأمره بالدفع (لايضمن أيضا) كالقاضى لأنه أقرّ أنه فعله فى حال قضائه ، وهو كما لو كان دفع القاضى المال إلى الآخذ معاينا للمأخوذ منه فى حال قضائه ويصير القطع بإقرار المقطوع أنه قطعه فى حال قضائه كالمعاين للحاكم الذى رفع إليه المقطوع واقعته (ف) أما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد) أو بعده والقاضى يقول بل فعلته فى حال قضائى ففيه

ويصدقه فى كونه فى زمن الولاية أو يكذبه فيه ، فإن كان الأول فالقول للقاضى بلا خلاف ، وإن كان الثانى فكذلك فى الصحيح . فعلى هذا إذا قال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يدك فى حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك فى حال قضائك ظلما فالقول قول القاضى لأنهما لما توافقا أنه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له إذ القاضى لايقضى بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ، ولا يمين على القاضى لأن إيجابها عليه يفضى إلى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول فى القضاء . وفى هذه الصورة لو أقرّ القاطع أو الآخذ بما أقرّ به القاضى لايضمن أيضا لأن فعله فى حال القضاء ودفع القاضى وأمره بالشىء صحيح كما إذا كان دفعه المال إلى الآخذ معاينا فى حال القضاء فإنه لايضمن الآخذ حينئذ فكذلك ها هنا ، وكذا إذا كان أمره بالقطع معاينا فى حال القضاء وإن قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضى فى الصحيح ، لأن القاضى

(قوله لأنه ثبت فعله الخ) أقول : فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لأنه ثبت الخ تعليلا لأى شىء (قال المصنف ولا يمين على القاضى) أقول : قال الكافى : لأنه لو لزمه اليمين لصار خصما ، وقضاء الخصم لاينفذ اهـ . وفيه بحث . والأولى أن يقال : إنا لو أوجبنا اليمين والضمان عليه فى مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول فى القضاء فتتعطل أمور الناس (قال المصنف : ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول : قال شمس الأئمة السرخسى : إذا زعم المدعى أن القاضى فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى ، لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته . ومن ادعى تاريخا سابقا لايصدق إلا بحجة ، لأن الأصل أنه متى وقعت المنازعة فى الإسناد يحكم الحال كما إذا اختلفا فى جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل فى هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق فى الإسناد إلا بحجة ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه ثبت الإسناد بمصادقتهما ، والصحيح هو الأول ، وهو اختيار فخر الإسلام على البزدوى والصدر الشهيد . ونظيره إذا قال العبد لغير مقطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد ، وكذا إذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى ، وكذا الوكيل بالبيع إذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل إن كان المبيع مستهلكا ، وإن كان قائما فالقول قول الموكل لأنه أخبر عما لايملك الإنشاء فيصير مدعيا ، وكذا فى مسئلة الغلة لايصدق فى الغلة القائمة لأنه أقر بالأخذ وبالإضافة يدعى عليه التملك كذا فى شرح الزيلعى والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعى . وقال الزيلعى : أورد فى النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى فقالت هى قطعتها وأنا حرة كان القول قولها ، وكذا فى كل شىء أخذه منها عند أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه منكر الضمان بإسناده الفعل إلى حالة منافية له . وأجاب بالفرق بينهما من حيث أن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق فى إقراره ولا يصدق فى دعواه التملك له ، وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اهـ .

أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا) هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا

خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي ،لأنه) أى القاضي (أضافه إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا) اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك فى صحة عقلك و (قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له ، وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به ، واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة فى شرحه للجامع الصغير إن القول للمدعى لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات ، وهذا يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة ، وكذا أفرضه شمس الأئمة فإنه قال : فأما إذا زعم : أى المدعى أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ . قال : ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق إلا ببينة ، فالتصحيح يخص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل ، ولكنه ذكر فى تعليله ما يعمم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت فى الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة ، وفى الحال فعله موجب للضمان عليه ، وبهذا الإسناد يدعى سقوطه ، بخلاف الأول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكر ، ولكن المذكور فى عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الإسلام والصدر الشهيد ، لأنه بالإسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله ، كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكا وإن كان قائما بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعيا ، وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان ، وكذا إذا قال أخذت منى كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد إن كانت الغلة هالكة ، وإن كانت قائمة فالقول للعبد ، ويأخذه من المولى لأنه أقر بالأخذ ثم بالإضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا ، وكذا الوصى لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو فى يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصى ، ذكره المحبوبى . واستشكل بما ذكره فى باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى فقالت بل وأنا حرة فالقول لها ، وكذا كل ما أخذ منها عند أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه منكر بإسناده إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان ، ولو قلت أقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فهاهنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو إقراره للمقر له بشىء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل ، وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالإسناد وكذا الوصى . أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق فى الإقرار لا فى جهة التملك ، كما لو قال أخذت منك ألفا هى دينى عليك أو الهبة التى وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر ، وكذا لو قال أكلت طعامك بإذنك وقال بغير إذنى فالقول لصاحب الطعام ، بخلاف القاضي والوكيل والوصى لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم ، وكذا فى دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول

أسند فعله إلى حالة منافية للضمان لما مر من أن حالة القضاء تنافى الضمان فالقاضي بذلك الإسناد منكر والقول للمنكر فصار إسناد القاضي هاهنا كإسناد من عهد منه الجنون إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون إذا كان ذلك منه

لعلم جريانه فى صورة النزاع فى أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لا يخفى (قوله كإسناد من عهد منه الجنون الخ) أقول : فى التشبيه لطافة لا تخفى .

(ولو أقرّ القاطع أو الآخذ فى هذا الفصل بما أقرّ به القاضى يضمان)لأنهما أقرّا بسبب الضمان . وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى إبطال سبب الضمان على غيره ، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق (ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقرّ بما أقرّ به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو ادعى أنه فعله فى غير قضائه يؤخذ منه) لأنه أقرّ أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى تملكه إلا بحجة ، وقول المعزول فيه ليس بحجة .

قولهم فى إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقرّ القاطع أو الآخذ فى هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع أن القاضى فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقرّ القاطع والقابض إنى فعلت ذلك بأمر القاضى وهو على قضائه ، والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده (يضمنان) ولا يضمن القاضى (لأنهما أقرّا بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الأخذ والقطع (وقبول قول القاضى) فى ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كى لا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهى مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك فى ذلك السبب . وقوله (ولو كان المال فى يد الآخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسألة المذكورة فى الصورتين بحسب الظاهر ، فإن لازم كون القول للقاضى وللقاطع والآخذ فى صورة التصادق على أن الفعل كان فى حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فإنه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن أن ذلك : أعنى عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكا ، أما إذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق

معلوما بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية الإيقاع ، وإنما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السرخسى إن القول قول المدعى فى هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت فى الماضى تحكم الحال ، وفى هذه الحال فعله موجب للضمان عليه ، وهو بهذا الإسناد يدعى ما يسقط الضمان عنه ، وأما فى الأولى فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقا ، ولكن فى عامة نسخ الجامع الصغير ماذكرنا أن القول للقاضى (ولو أقرّ القاطع والآخذ فى هذا الفصل بما أقرّ به القاضى ضمنا لأنهما أقرّا بسبب الضمان ، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى إبطال سبب الضمان على غيره ، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق) لا يقال : الآخذ والقاطع فى الصورة الثانية أسندا الفعل إلى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمنا كالقاضى لأن جهة الضمان راجحة لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضى حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعى . وهذا يقتضى وجوب الضمان على القاضى أيضا لكن ذلك يؤدى إلى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول فى القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا فى يد الآخذ وأقرّ بما أقرّ به القاضى أخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال فى أنه فعله فى قضائه أو ادعى أنه فعله فى غير قضائه (لأن الآخذ أقرّ أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق فى دعوى تملكه إلا بحجة ، وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم .

(قوله فى هذه الصورة) أقول : فى الإطلاق تأمل (قوله لأن إقرار الرجل ، إلى قوله : لا يعارض القطعى) أقول : الإقرار دليل ظاهر كما فى أول كتاب الحدود ، إلا أن يراد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضى (قوله لكن ذلك يؤدى إلى تضييع الحقوق الخ) أقول : هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل . والأولى أن يجاب كما فى النهاية بمنع قوله الآخذ والقاطع أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان ، فإن حالة القضاء لا تنافى الضمان فى حق غير القاضى لأنه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضى فى منصب القضاء قائم ، وأخذه بأمر القاضى لم يثبت لعدم الحجة إذ الكلام فيه ، وكذا حال القطع فليتأمل ، والله أعلم .

(كتاب الشهادات)

القابض فى أنه أخذه فى حال قضائه أوكذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل ، علله محمد فى الزيادات فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم ، قالوا : معناه أن القاضى لما أقرّ بالأخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثانى ، وإقراره بالأخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة ، ولأن القابض أقرّ بسبب الضمان حيث أقرّ أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا ببينة . وقول المعزول ليس ببينة عليه لأنه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافى للضمان .

(كتاب الشهادات)

يتبادر أن تقدم على القضاء أولى لأن القضاء موقوف عليها ، إذ كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة للمقصود على الوسيلة . والشهادة لغة : إخبار قاطع ، وفى عرف أهل الشرع إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة . وقول القائل فى مجلس القاضى أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات . وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه ، فإن من عنده شهادة لايعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب . وشرطها البلوغ والعقل والولاية ، فخرج الصبى والعبد والسمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعى والمدعى عليه ، ولم يذكر الإسلام لأن الدين أصل الشهادة فى الجملة . وركنها اللفظ الخاص الذى هو متعلق الإخبار . وحكمها وجوب الحكم على القاضى والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ـ ونظائره من الكتاب

(كتاب الشهادات)

إيراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضى ظاهر المناسبة ، إذ القاضى فى قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم . ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها ، قال الله تعالى ـ كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ـ فلا بد من حسنه . وهى فى اللغة عبارة عن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ، ولهذا قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التى تنبئ عن المعاينة . وفى اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالإخبار كالجنس يشملها والأخبار الكاذبة . وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة

(كتاب الشهادات)

(قوله إذ القاضى فى قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود) أقول : لايقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضى لأن المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضى فيلزم تحققه أولا ، وإليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) أقول : أى ومن معرفات حسنه ، ويؤيده قوله فلا بد من حسنه وإلا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأمورا به مذهب الأشعرى ولا ترتضيه الحنفية (قوله فلابد من حسنه) أقول : ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها (قوله بصحة الشيء) أقول : أى بثبوته (قوله إنها مشتقة من المشاهدة) أقول : بالاشتقاق الكبير (قوله وفى اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار صادق) أقول : فإطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل إطلاق البيع على بيع الحر وإطلاق اليمين على الغموس وقد مر فى الأيمان (قوله فالإخبار كالجنس يشملها) أقول : ويشمل سائر الأخبار الصادقة .

(قال : الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعى) لقوله تعالى ـ ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا ـ وقوله تعالى ـ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ـ

والسنة كثيرة، وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ـ ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا ـ وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب إنما ثبتت كى لايفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعنى أداؤها بعد التحمل، فإنها تقال للتحمل كما يقال للأداء فى العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوّغا للإطلاق فى قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف أهل التكلم وافتراض الأداء إلا فى الحدود مجمع عليه ، وقوله تعالى ـ ولا يأبى الشهداء إذا مادعوا ـ محتمل أن يراد النهى عن الإباء عن التحمل إذا دعى إليه ، ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهى لكراهة الإباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الأولى لأن التحمل لما فيه من إعانة المسلم

يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات . وسبب تحملها معاينة مايتحملها له ومشاهداته بما يختص بمشاهدته من السماع فى المسموعات والابصار فى المبصرات ونحو ذلك . وسبب أدائها إما طلب المدعى منه الشهادة ، أو خوف فوت حق المدعى إذا لم يعلم المدعى كونه شاهدا . وشرطها : العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعى والمدعى عليه ، والإسلام إن كان المدعى عليه مسلما . وحكمها : وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها . والقياس لايقتضى ذلك لاحتمال الكذب ، لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة . قال (الشهادة فرض تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لايسعهم كتمانه أكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده ، وشرط مطالبة المدعى تحقيقا لسبب الأداء على ما مر ، واستدل بقوله تعالى (ولا يأبى الشهداء إذا مادعوا) أى ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها ، وسموا شهداء باعتبار ما تئول إليه ، وهو بظاهره يدل على النهى عن الإباء عند الدعوة ، وبقوله تعالى ـ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ـ وهو بظاهره يدل على النهى عن كتمانها على وجه المبالغة ، والنهى عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان ، فإذا كان الكتمان منهيا عنه كان الإعلان ثابتا وهو يساوى الإظهار فيكون ثابتا ، وثبوته بالأداء وما لم يجب لايثبت فكان إظهار الأداء واجبا .

(قوله وسبب تحملها) أقول : تحمل الشهادة التى هى الإخبار مبنى على الكلام النفسى والشهادة تطلق على مايتحمل بالاشتراك اللفظى (قوله معاينة مايتحملها له) أقول : أى لإثباته (قوله وسبب أدائها) أقول : الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها (قوله إذا لم يعلم المدعى كونه شاهدا) أقول : والحال أنه لو لم يشهد يفوت حق المدعى (قوله والقدرة على التمييز الخ) أقول : يعنى التمييز بالبصر (قال المصنف : الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعى) أقول : الظاهر أن الواو ليست فى محلها لكمال الاتصال بين الجملتين ، فإن الثانية تأكيد للأولى إلا إذا جعل قوله إذا طالبهم قيدا الثانية فقط فتأمل (قوله واستدل بقوله تعالى ـ ولا يأبى الشهداء إذا مادعوا ـ أى ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها) أقول: الاستدلال بالآية الكريمة على المطلوب موقوف ، على أن يكون المراد إذا دعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليتحملوها فى هذا المقام ، بل الوجه أن يقال : لا ليتحملوها لأنهم قبل التحمل ليسوا بشهداء ، ولا ضرورة تدعونا إلى ارتكاب المجاز (قوله وسموا شهداء باعتبار ما يئول إليه) أقول : أى على الاحتمال الثانى (قوله يدل على النهى عن كتمانها على وجه المبالغة) أقول : حيث أكد النهى بتأكيد بعد تأكيد وهو قوله تعالى ـ ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ـ ألا يرى إلى نسبة الإثم إلى الكاتم ثم إلى قلبه الذى هو أشرف أعضائه إذا فسد فسد جميع الجسد (قوله والنهى عن أحد النقيضين الخ) أقول : وأخصر منه أن يقال : النهى عن أحد النقيضين يستلزم امتناعه شرعا فيجب النقيض الآخر (قوله كان الإعلان ثابتا) أقول : وفى معراج الدراية : النهى عن الشيء يكون أمرا بضده إذا كان له ضد مقصود بأمر آخر ، وهاهنا كذلك لأن الأداء منصوص بقوله تعالى ـ وأقيموا الشهادة ـ (قوله وما لم يجب لايثبت) أقول :

وإنما يشترط طلب المدعى لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق .

على حفظ حقه أولى . ويحتمل أن يراد نهى مسمى الشهداء عن الإباء، وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهى من اتصف بالشهادة حقيقة عن الإباء إذا ادعى ، ولا اتصاف قبل الدعاء إلا بالتحمل فيلزم كون النهى عن إباء الأداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ ، والأداء المفروض لايكون إلا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب إذا دعى إلى الحاكم للأداء . وقال الله تعالى ـ ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضى فيكون الإظهار للقاضى وهو الأداء فرضا عليهم لأنه الضد الذى لايتحقق الانتهاء عن المحرم الذى هو الكتمان إلا به ، ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهى بقوله تعالى ـ ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ـ وهو تأكيد فى تأكيد ، لأن قوله تعالى ـ فإنه آثم تأكيد ، وإضافة الإثم إلى القلب الذى هو أشرف أعضاء البدن ورئيسها تأكيد فى تأكيد . ولأنه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا ، بخلاف سائر المعاصى التى تتعلق بالأعضاء الظاهرة فإنها وإن كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها . قالوا : يلزم إذا كان مجلس القاضى قريبا . فإن كان بعيدا . فعن نصر : إن كان بحال يمكنه الرجوع إلى أهله فى يومه يجب لأنه لاضرر عليه ، ولو كان شيخا لايقدر على المشى فأركبه الطالب لابأس به ، وعن أبى سليمان فيمن أخرج الشهود إلى ضيعة فاستأجر لهم حميرا فركبوها لاتقبل شهادتهم ، وفيه نظر ، لأنها العادة وهى إكرام الشهود وهو مأمور به وفصّل فى النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشى ولا يجد مايستأجره دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ، ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا إن كان مهيأ قبل ذلك تقبل ، وإن صنعه لأجلهم لاتقبل . وعن محمد لاتقبل فيهما . وعن أبى يوسف رحمه الله : تقبل فيهما ، وهو الأوجه للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ، ويؤنسه ما تقدم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل ، وفيه نظر ، فإن الأداء فرض ، بخلاف الذهاب إلى الأمير . وعند الفقيه أبى بكر فيمن لايعرفه القاضى إن علم أن القاضى لايقبله نرجو أن يسعه أن لايشهد . وفى العيون : إن كان فى الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع ، وإن لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب . وقال شيخ الإسلام : إذا دعى فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدّى لاتقبل لتمكن التهمة فيه إذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الأجرة انتهى .

قال فى النهاية : النهى عن الشىء لايكون أمرا بضده إذا لم يكن له ضد واحد . وأما إذا كان فهو أمر به كالنهى عن الكتمان عما فى الأرحام فإنه أمر بضده . وليس بالصحيح من المذهب لما عرف فى أصول الفقه (وإنما يشترط طلب المدعى لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما إذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعى ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة . والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة ، فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان فى معناه فألحق به . لايقال : قد مر آنفا أن طلب المدعى سبب لأداء الشهادة وهو خلاف ماذكره المصنف بقوله وإنما يشترط طلب المدعى فإنه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجوب سبب الأداء وهو طلب المدعى ، فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ . فإن قلت : أما تجعله شرطا ، وقوله تعالى ـ ولا يأبى الشهداء ـ ولاتكتموا الشهادة ـ

أى لايلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين (قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول : بل هو الصحيح من المذهب على ماصححه فى التوضيح وغيره. قال الشيخ الإمام سراج الدين الهندوانى فى شرح المغنى : أما النهى عن الشىء فأمر بضده إذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهى عن الكفر يكون أمرا بالإيمان وإن كان له أضداد، ففيه الخلاف انتهى (قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول : ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازا (قوله لأن معنى كلامه إلى قوله : فلا مخالفة حينئذ) أقول : فيه بحث ، فإن سببية الشىء الشىء لايكون إلا بعد وجود الشىء

(والشهادة فى الحدود يخيّر فيها الشاهد بين السّتر والإظهار) لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده « لو سترته بثوبك لكان خيرا لك » وقال عليه الصلاة والسلام « من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة » وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر

والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة فى الحدود) أى الأداء فى الحدود يخيّر فيها بين الأداء والترك لأن النهى فى القرآن وإن كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر ، فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده « لو سترته بثوبك لكان خيرا لك » كذا ذكره المصنف ، والمعروف فى الحديث أن هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال . ذكره مالك فى الموطإ عن يحيى بن سعيد : بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال « لو سترته بردائك لكان خيرا لك » والمراد بمرجع الضمير فى قوله سترته ماعز رضى الله عنه . روى أبو داود عن يزيد بن نعيم عن أبيه « أن ماعز بن مالك أتى النبىّ صلى الله عليه وسلم فأقرّ عنده أربع مرات فأمر برجمه وقال لهزال : لو سترته بردائك لكان خيرا لك » وإن هزالا هو الذى أشار على ماعز أن يأتى النبىّ صلى الله عليه وسلم ويقرّ عنده ولم يكن شاهدا ، لأن ماعزا إنما حد بالإقرار . أخرج أبو داود عن ابن المنكدر أن هزالا أمر ماعزا أن يأتى النبىّ صلى الله عليه وسلم فيخبره . ورواه الحاكم

سببا . قلت : نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى ـ أقم الصلاة لدلوك الشمس ـ قال (والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار الخ) الشاهد فى الحدود يخير بين أن يستر وأن يظهر لأنه مخيّر بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد ، وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله ، والستر أفضل نقلا وعقلا ، أما الأوّل فقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الأسلمى « لو سترته بثوبك » وفى رواية « بردائك لكان خيرا لك » وقوله صلى الله عليه وسلم « من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة » وما روى من تلقين الدرء عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم فإن فيها دلالة ظاهرة على أفضلية الستر . قيل الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب وإعمالها نسخ لإطلاقه ، وهو لا يجوز بخبر الواحد . وأجيب بأن الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها . وردّ بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب . والحق أن يقال : القدر المشترك فيما نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فى الستر والدرء متواتر فى المعنى فجازت الزيادة به . وقيل إن الخبر الأول ورد فى ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به ، وفيه نظر لأن شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر ، وأما الثانى فلأن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج إلى الأموال والله تعالى غنىّ عن

الأول ، فالوجود داخل فى جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العلل عللا أخرى فافهم (قوله قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول : الأول مسلم والثانى ليس كذلك . قال فى التوضيح فى تعريف الحكم : الخطاب نوعان : إما تكليفى وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير ، وإما وضعى وهو الخطاب بأن هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب الصلاة والوضوء شرط لها (قوله ورد بأن الاعتبار لعموم اللفظ) أقول : العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد : أى شهداء الديون (قوله وقيل إن الخبر الأول ورد فى ماعز) أقول : إذا كان واردا فى حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله الذى شهد عنده فتأمل (قوله لأن شهرة حكاية ماعز لاتستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر) أقول : الظاهر أن يقال لاتستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر (قوله والكتمان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول : التخصيص إضافى فإن فى عتق الأمة وطلاق المرأة يحرم الستر والكتمان وليس ثمة خوف فوت حق المحتاج فتأمل . ولعل الجواب أن التخصيص إضافى بالإضافة إلى حقوق الله تعالى التى تستوفى لاحقيّ . أو نقول : المراد الخوف أو الكتمان فى الحقوق

(إلا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة فيقول أخذ) إحياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لايجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه

وزاد. وقال شعبة: قال يحيى: فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد: هذا هو الحق، هذا حديث جدى وقال: صحيح الإسناد. ورواه ابن سعد فى الطبقات، وفيه قال فى هزال «بئسما صنعت، لوسترته بطرف ردائك لكان خيرا لك، قال: يارسول الله لم أدر أن فى الأمر سعة» ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية أبى هريرة «من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة» رواه البخارى ومسلم. وتلقين الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم: أى تلقين مايحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده إلى الستر والستر يحصل بالكتمان، فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه، فمن ذلك ما أسند الطحاوى إلى أبى هريرة قال «أتى بسارق إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقيل: يارسول الله إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق» وروى أبوداود «أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع، فقال له صلى الله عليه وسلم: ما إخالك سرقت، قال فأعاد مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع» الحديث. وروى عن ابن عباس «أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال لماعز: لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال: لا» الحديث قدمناه فى الحدود. فإن قلت: كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهى أخبار آحاد، وأيضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك. قلت: هذه الأخبار الواردة فى طلب الستر بلغت مبلغا لاتنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها فصح التخصيص بها، أو هى مستند الإجماع على تخيير الشاهد فى الحدود. فثبوت الإجماع دليل ثبوت المخصص. وأما المقارنة فإنما هى شرط التخصيص فى نفس الأمر، وهذا التخصيص الذى ادعيناه هنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ماكتبناه فى التعارض من كتاب تحرير الأصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به، فإذا وجب الجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارنا أو أنها ليست تخصيصات أول[1] كما أنا إذا رجحنا فى التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتهما تضمن حكمنا أن المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وإن لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه، وكثيرا مايعترض بعض متأخرى الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بأن المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص، ومرادهم فى تلك الأماكن ماذكرنا، هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى ـ ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا ـ فأما إذا قيدناه بما إذا دعوا للشهادة فى الدين المذكور أول الآية: أى قوله تعالى ـ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ـ ثم قال ـ ولا يأب الشهداء ـ يعنى بذلك الدين فظاهر (قوله إلا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله مخيّر فى الحدود، فإنه يقتضى أن لايشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لايشهد فيها

العالمين، وليس ثمة خوف فوات الحق فبقى صيانة عرض أخيه المسلم، ولا شك فى فضل ذلك (قوله إلا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخيّر، وهو منقطع لأن الشهادة بالمال ليست بداخلة فى الشهادة فى الحدود، وإنما يجب ذلك لأن فيها إحياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق (محافظة على الستر، ولأنه بين أمرين

التى تستوفى إنما يحرم الخ (قال المصنف: إلا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة) أقول: استدراك من قوله مخير فى الحدود، إذ قد يتوهم منه أنه لايشهد فى السرقة مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب للنفع.

---

(١) (قوله أول) بضم الهمزة وفتح الواو جمع أولى.

(والشهادة على مراتب : منها الشهادة فى الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى ـ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ـ ولقوله تعالى ـ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ـ (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهرى رضى الله عنه : مضت السنة من لدن رسول الله عليه الصلاة والسلام والخليفتين من بعده أن لاشهادة للنساء فى الحدود والقصاص ، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم

مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال إحياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق ، فإن الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه ، ودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك . فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه ، لأنه إذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفى ضمان المال إن كان أتلفه (قوله والشهادة على مراتبها) أربعة (منها الشهادة فى الزنا) والشهادة فى بقية الحدود والقصاص ، والشهادة فيما سواها من المعاملات ، والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء . أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ـ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ـ وروى ابن أبى شيبة : حدثنا حفص عن حجاج عن الزهرى قال : مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده أن لا تجوز شهادة النساء فى الحدود والدماء انتهى . وتخصيص الخليفتين ، يعنى أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لأنهما

لا يجتمعان القطع والضمان ، وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد ، والستر الكلى إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز . والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغنى على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة . قال (والشهادة على مراتب) رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة ، فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ـ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ـ ولقوله تعالى ـ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ـ ولفظ أربعة نص فى العدد والذكورة ، وأما الإسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها . وأما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى بإشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهرى : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين) يعنى أبا بكر وعمر رضى الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص) وتخصيصهما بالذكر لما ورد فى حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم « اقتدوا باللذين من بعدى أبى بكر وعمر » (ولأن فى شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال) فى غير الحدود ، قال الله تعالى ـ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ـ على سياق قوله تعالى ـ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ـ وإنما قال شبهة البدلية لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل كالآية الثانية ، وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين ، وإذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة وحد القذف (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ـ) فإنه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مرّ من عموم اللفظ ، وهو نص فى بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا أن باب

(قوله ولفظ أربعة نص الخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده) أقول : إذ وقوف الأربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق (قوله وإنما قال شبهة البدلية إلى قوله مع إمكان الأصل) أقول : فيه أن ذلك فى الخلف لا فى البدل ، فإن المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار إليه مع إمكان المبدل منه فليتأمل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول : فيه بحث (قوله والذكورة والبلوغ) أقول : وفى قاموس اللغة الرجل بضم الجيم وسكونه معروف ، وإنما هو إذا احتلم وشب أو هو رجل ساعة يولد انتهى ، فى قوله والبلوغ تأمل .

(ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال : وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعتاق والعدّة والحوالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية)والهبة والإقرار والإبراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك . وقال الشافعي رحمه الله: لاتقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها؛ لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لاتصلح للإمارة ولهذا لاتقبل فى الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها قبلت فى الأموال ضرورة ، والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا .

اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام فى زمانهما وبعدهما ماكان من غيرهما إلا الاتباع ، ولأن النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى - أربعة منكم - فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود . وغاية الأمر المعارضة بين عموم - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - وبين هذه فتقدم هذه لأنها مانعة وتلك مبيحة . وأيضا هذه تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فإنه كاما كثرت قيود الشىء قل وجوده بالنسبة إلى ماليس فيه زيادة تقييد ، ولأن فيها شبهة البدلية ، ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة ، وذلك لأن قوله تعالى - فإن لم يكونا رجلين - الآية ظاهره أنه لاتقبل شهادتهن إلا عند عدم رجال يشهدون . وقد روى عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الإجماع نزلت إلى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات . وسائر ما سوى حدّ الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا ، وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات : أى وكل ماسوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا أولا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب . وقال الشافعى : لاتقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها كالإذن وشرط الخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطإ وكل جرح لايوجب إلا المال ، وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه ، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط ، وكقول الشافعى

الزنا خرج بما تلونا فبقى الباقى على تناوله (قوله ولا تقبل شهادة النساء) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ، فالآية هذه عقبت بقوله - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - وليست شهادتهن فيها مقبولة . ووجهه أن القرآن فى النظم لايوجب القرآن فى الحكم ، ولئن أوجب فعدم قبوله لما ذكرنا من حديث الزهرى وشبهة البدلية فى شهادتهن . فإن قلت : مامسلك الحديث من الآية هاهنا أتخصيص أم نسخ . قلت : مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه ، وهو إما التخصيص إن ثبتت المقارنة أو النسخ . وقول الزهرى : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الأول بالقبول فكان مشهورا تجوز الزيادة به . قال (وما سوى ذلك من الحقوق الخ) وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق (مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية) أى الوصاية لأنه فى تعداد غير المال (ونحو ذلك) يعنى العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أورجل وامرأتين بما تلونا (وقال الشافعى رحمه الله : لاتقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها) كالإعارة والإجارة والكفالة والأجل وشرط الخيار . واستدل بأن الأصل شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لاتصلح للإمارة (ولهذا) أى ولأن الأصل عدم القبول (لاتقبل فى الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها مستثناة من ذلك الأصل فى الأموال ضرورة إحياء حقوق العباد) لكثرة وقوعها ودنو

ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء ، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد ، وبالثانى يبقى ، وبالثالث يحصل العلم للقاضى ولهذا يقبل إخبارها فى الأخبار ، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لاتقبل فيما يندرئ بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات .

رحمه الله قال مالك . وعن أحمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما ، وقصور الولاية حتى أنها لا تصلح للإمارة ولا تقبل شهادة الأربع منهن ، لكن خرج عن الأصل شرعا فى الأموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين فى كل حادثة . وكذا العادة أن يوسع فيما يكثر وقوعه ، بخلاف النكاح فإنه مع كونه أعظم خطرا أقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط ، ولذا قال تعالى فى الرجعة وأشهدوا ذوى عدل منكم . والرجعة من توابع النكاح فألحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق. قال المصنف (ولنا أن الأصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الأصل عدم القبول ، ثم أثبت هذه بوجود ما ينبنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ . واعترض بأن المشاهدة والضبط أهلية الأداء لا أهلية الشهادة ، بل هى كما قال فى الأسرار : إن أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية ، والإرث والنساء فى هذا كالرجال . بقى أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء فى ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة . فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم : إن جعل الشارع الثنتين فى مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لإظهار درجتهن عن الرجال ليس غير ، ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال

خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص (ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التى يحصل بها العلم والضبط الذى يبقى به العلم إلى وقت الأداء والأداء الذى يحصل به العلم للقاضى (ولهذا) أى ولكون القبول أصلا فيها (قبل إخبارها فى الاخبار) ولقائل أن يقول : ماذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة إما أن يكون علة لها أو شرطا ، لاسبيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والإسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك لاجمعا ولا فرادى . والثانى كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لاجمعا ولا فرادى ، على أنه لايلزم من وجوده وجود المشروط . والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ماذكر من الحرية والإسلام والبلوغ . وأما المشاهدة والضبط والأداء فليست بعلة لها ، وإنما هى علة لأهلية قبولها . فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالإسلام والبلوغ والحرية والمذكورة أيضا وفاته أحد الأمور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الأداء إذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته ، وإن كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول ، وعلى هذا يقدر فى كلام المصنف مضاف : أى أهلية قبول الشهادة (قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعى واختلال الضبط . وتوجيهه أن يقال : إن ذلك بعد التسليم انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا شبهة

(قال المصنف : ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة) أقول : يعنى أهلية قبولها فالمضاف مقدر (قوله والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول : وإلا لكان العبد والصبى العاقل والكافر أهلا للشهادة (قوله لعدم توقفها عليها) أقول : لتقدم أهلية الشهادة على الأداء (قوله كذلك) أقول : لاجمعا ولا فرادى (قوله على أنه لايلزم من وجوده وجود المشروط) أقول : يعنى أهلية الشهادة (قوله فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول : اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية ، إلا أن يرتكب التأويل فى كلامه بأن يراد بالعلية المدخلية فيها (قوله وهو القبول) أقول : أى أهلية القبول .

وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كى لايكثر خروجهن . قال (وتقبل فى الولادة والبكارة والعيوب بالنساء فى موضع لايطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر إليه » والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل . وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى اشتراط الأربع ، ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام

وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين فى جنس النساء . سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان فى جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى ـ أن تضلّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ـ لكن ذلك انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق حينئذ إلا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات ، وأما عدم قبول الأربع فعلى وخلاف القياس كأنه كى لايكثر خروجهن (قوله وتقبل فى الولادة والبكارة والعيوب بالنساء فى موضع لايطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرّة عدلة والثنتان أحوط

البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها ، وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها . أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل ، وأما الوكالة والإيصاء والأموال فإنه يجرى فيها كتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة ، وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ، ولا عن قوله لقصور الولاية . والجواب عن الأول أنه لانقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف . وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع مراتب : الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولانى وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان فى مبدإ فطرتهم . والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ، ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف . والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب وهو يسمى العقل بالفعل . والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد ، وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالتنبيه إن نسيت . فإنه لو كان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الأركان وليس كذلك ، وقوله صلى الله عليه وسلم « هن ناقصات عقل » المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة ، وبهذا ظهر الجواب عن الثانى أيضا فتأمل (قوله وعدم قبول الأربع) جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الأربع . ووجهه أن القياس يقتضى قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كى لايكثر خروجهن . قال (وتقبل فى الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة

(قوله ولم يذكر الجواب عن الخ) أقول : فيه بحث (قوله لا نقصان فى عقلهن) أقول : فى صحاح الكتب الإيمان . من المصابيح عن أبى سعيد الخدرى قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أضحى أو فطر إلى المصلى ، فمر بالنساء فقال : يامعشر النساء تصدقن فإنى أريتكن أكثر أهل النار ، فقلن : وبم يارسول الله ؟ فقال : تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن ، قلن : وما نقصان ديننا وعقلنا يارسول الله ؟ فقال : أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ قلن بلى ، قال : فذلك من نقصان عقلها ، قال : أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم ؟ قلن بلى ، قال : فذلك من نقصان دينها » انتهى الحديث الشريف . وأنت خبير بأن ماذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث (قوله فى تحصيل البديهيات الخ) أقول : فيه أنهن لوجوب احتجابهن وسترهن أكثر البديهيات محجوبة عنهن كما لايخفى (قوله لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الأركان وليس كذلك) أقول : فيه أن تكليفهن دون تكليف الرجال ؛ ألا يرى أنه لاتفرض لهن الصلاة أيام حيضهن فتأمل فى جوابه (قوله ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة) أقول : ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية .

(ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى الطلاق) وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل فى العنين سنة ويفرق بعدها

وبه قال أحمد. وشرط الشافعى أربعا . ومالك ثنتين . له أن كل ثنتين يقومان مقام رجل . ولمالك أن المعتبر فى الشهادة أمران العدد والذكورة ، وقد سقط اعتبار الذكورة فبقى العدد . ولنا ما روى محمد بن الحسن فى أول باب شهادات النساء من الأصل عن أبى يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء ابن أبى رباح وطاوس قالوا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر إليه » وهذا مرسل يجب العمل به . وجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم يكن اعتبارها فى العهد إذ لاعهد فى مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والأكثر أحسن فقلنا كذلك . وروى عبدالرزاق : أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهرى قال : مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن ، وهذا مرسل حجة عندنا ، وهو مثل ماذكره المصنف ، ورواه ابن أبى شيبة . وروى عبدالرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن أبى سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضى الله عنه قال : لاتجوز شهادة النساء وحدهن إلا على مالا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء . وله مخارج أخر . قال المصنف (ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى كتاب الطلاق)

والعيوب بالنساء فى موضع لايطلع عليه الرجال لاتقبل فى غيرها فهو قصر إفراد قصر الموصوف على الصفة لاعكسه كما فهم صاحب النهاية . واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم «شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر إليه » ووجه الاستدلال أن الألف واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ماعرف فى موضعه . وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد فى الشهادات . قوله (ولأنه) دليل معقول لنا . ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لأن نظر الجنس أخفّ وفى إسقاط العدد تخفيف النظر فيصار إليه ، إلا أن المثنى والمثلث أحوط لما فيه من معنى الإلزام واعترض بأن فى هذا التعليل نوع مناقضة ، لأنه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة . والجواب أن يقال : خفة النظر توجب عدم وجود اعتبار العدد ، ومعنى الإلزام يقتضى وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا (ثم حكمها) أى حكم شهادة امرأة واحدة فى الولادة (شرحناه فى الطلاق) يعنى فى باب ثبوت النسب

(قوله والعيوب من النساء فى موضع الخ) أقول : قوله فى موضع فيه العيوب . للاحتراز عن مثل الأصبع الزائدة (قوله فهو قصر إفراد قصر الموصوف على الصفة) أقول : فيه شىء ، فإن ماذكره هو قصر الصفة على الموصوف . ثم لايخفى أنه ليس فى عبارة الكتاب مايفيد القصر أصلا ، بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذكرى فإنه يفيد نفى الحكم عما عداه فى الروايات . فالأصوب أن يقال : سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتأمل (قوله لاعكسه كما فهم صاحب النهاية) أقول : عبارة النهاية ثم اعلم أنه ذكرهاهنا ثلاثة أشياء ، ثم خص شهادة امرأة واحدة ، وهذا التخصيص صحيح فى حق البكارة لافى حق الولادة والعيوب ، فإن شهادة رجل واحد تقبل أيضا فيهما لأنه ذكر فى الإيضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة ، لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر فى باب و شهادة النساء من شهادات المبسوط قال : ولم يذكر فى الكتاب أنه لو شهد بذلك : أى بالولادة والعيب فى موضع لايطلع عليه الرجال رجل واحد بأن قال فاجأتها فاتفق نظرى إليها . والجواب أنه لايمنع قبول شهادته إذا كان عدلا فى مثل هذا الموضع . لو الصحيح أنه لايشترط العدد لأن شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة ، فلما ثبت المشهود به هاهنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى . وقد قال بعض مشايخنا : إنه وإن قال تعمدت النظر تقبل شهادته فى ذلك كما فى الزنا انتهى بعبارته . أقول : القياس على سائر المراتب : أى مراتب الشهادة يقتضى ماذكره فى النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء » الخ) أقول : دليل لأصل الدعوى (قوله ينصرف إلى الجنس) أقول : إذ الكل ليس بمراد قطعا (قوله فعملنا بهما الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد

لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل . وكذا فى رد المبيعة إذا اشتراها بشرط البكارة ،فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع ، وأما شهادتهن على استهلال الصبى لاتقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا فى حق الصلاة لأنها من أمور الدين . وعندهما تقبل فى حق الإرث أيضا لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة

أى فى باب ثبوت النسب منه . وفى المبسوط : لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظرى إليها تقبل إذا كان عدلا ، ولو قال تعمدت النظر لاتقبل ، وبه قال بعض أصحاب الشافعى . وقال بعض مشايخنا : إن قال تعمدت النظر تقبل أيضا ، وبه قال بعض أصحاب الشافعى رحمه الله . وأما حكم البكارة ، فإن شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فإذا مضت فقال وصلت إليها فأنكرت ترى النساء ، فإن قلن هى بكر تخير فإن اختارت الفرقة فرق للحال ، وإنما فرق بقولهن لأنها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الأصل ، إذ البكارة أصل ، ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت فى توجه الخصومة لافى إلزام الخصم ، وكذا فى رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشترى هى ثيب يريها النساء ، فإن قلن هى بكر لزمت المشترى لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الأصل ، وإن قلن هى ثيب لم يثبت حق الفسخ لأن حق الفسخ قوى وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمها بحكم البيع وهى بكر ، فإن لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهى بكر ، فإن نكل ردت عليه ، وإن حلف لزم المشترى ، وأما شهادتهن على استهلال الصبى فتقبل فى حق الصلاة عليه بالاتفاق ، وأما فى حق الإرث فعندهما كذلك ، وعند أبى حنيفة لاتقبل إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال ، بخلاف الولادة فإنها انفصال الولد من الأم فلا يطلع عليه الرجال

حيث قال : وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة ،وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا : تطلق ، وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبى حنيفة : يعنى تثبت الولادة بقول امرأته وعندهما يشترط شهادة القابلة ، وأما حكم البكارة فإنها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لابد من نظر النساء إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما ،فإذا نظرن إليها وشهدن فإما أن تتأيد شهادتهن بمؤيد أولا ، فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة ، وإن كان الثانى لابد أن ينضم إليها مايؤيدها ، فعلى هذا إذا شهدن بأنها بكر فإن كانت مهيرة تؤجل فى العنين سنة ويفرق بعده لأن شهادتهن تأيدت بالأصل وهو البكارة ، وإن كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولمقتضى البيع وهو اللزوم ، وإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن لأن الفسخ قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمها بحكم البيع وهى بكر وقبله بالله لقد بعتها وهى بكر ، ، فإن حلف لزم المشترى وإن نكل ترد عليه . فإن قيل : شهادة النساء حجة فيما لايطلع عليه الرجال فيجب بالرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث . أجاب بأن العيب يثبت بقولهن : يعنى فى حق سماع الدعوى والتحليف فإن المشترى إذا ادعى عيبا فى المبيع لابد له من إثبات قيامه به فى الحال ليثبت له ولاية

(قوله وإن قلن إنها الخ) أقول : وفيه بحث يعلم من قوله يعنى فى حق سماع الدعوى والتحليف (قوله فإذا قلن إنها ثيب ثبت العيب الخ) أقول : فيه أنه حينئذ لايستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ ، فإن الحكم فى شهادة الرجال بالعيوب كالإباق كما ذكر هاهنا بلا فرق فليتأمل . والجواب أن الفرق فيما إذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشترى إذا حلف البائع كاف فى ضعف حجتها ، وفيه تأمل (قوله ثم يحلف البائع ، إلى قوله : كانت فى يده الخ) أقول : فما الجواب فيما قبل القبض ؟

قال (ولا بد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة ، فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى ـ ممن ترضون من الشهداء ـ ولقوله تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ ولأن العدالة هى المعينة للصدق ، لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه . وعن أبى يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لايستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ، والأول أصح ،

وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لايحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة ، وبقولهما قال الشافعى وأحمد وهو أرجح (قوله ولا بد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لاتقبل . وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لاتقبل ، وكذا مثل شهادة صاحبى عند الخصاف للاحتمال . أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وقال تعالى ـ ممن ترضون من الشهداء ولأن العدالة هى المعينة لجهة الصدق ، فإن الشهادة إخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس المفهوم ، فبذلك لايلزم كونه صدقا حتى يعمل به . فإن قيل : المنكر أيضا قد يكون عدلا . فالجواب أنه يعارضه اختلاف المدعى فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح إخبار المدعى بالشهادة (وعن أبى يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها فى الناس) كمباشرى السلطان والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لأنه لايستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ، والأول أصح) لأن هذا التعليل فى مقابلة النص فلا يقبل

التحليف ، وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل . فإذا قلت : إنها ثيب ثبت العيب فى الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب فى الوقت الذى كانت فى يده . وأما شهادتهن على استهلال الصبى فى حق الإرث عند أبى حنيفة رحمه الله غير مقبولة لأن الاستهلال صوت الصبى عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلاتكون شهادتهن فيه حجة لكنها فى حق الصلاة مقبولة لأنه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان . وعندهما فى حق الإرث أيضا مقبولة لأنه صوت عند الولادة والرجال لايحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة . والجواب أن المعتبر فى ذلك إمكان الاطلاع ولا شك فى ذلك فلا معتبر بشهادتهن ، ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم وذلك لايشارك الرجال فيه النساء (قال ولا بد فى ذلك كله من العدالة الخ) لابد فى المال وغيره مع ماذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهى كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته ، وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته فى تلك الحادثة فى ذلك الوقت (أما اشتراط) العدالة فلقوله تعالى ـ ممن ترضون من الشهداء ـ والفاسق لايكون مرضيا ولقوله تعالى ـ وأشهدوا ذى عدل منكم ـ (ولأن) الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة هى المعينة للصدق) فهى علة الحجية وما سواها معدات (لأن من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضا . وعن أبى يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها) أى ذا قدر وشرف (فى الناس ذا مروءة) أى إنسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان (تقبل) شهادته لأنه لايستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ، والأول) يعنى عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان أولا (أصح) لأن قبولهما إكرام للفاسق

(قوله وأما اشتراط العدالة الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : فلقوله تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ) أقول : فإن قيل : بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق ، وإذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة ؟ قلنا : المطلق ينصرف إلى الكامل (قوله وما سواها معدات) أقول : فيه بحث ، إلا أن يحمل على المعد المصطلح (قال المصنف : ويمتنع من الكذب بمروءته) أقول : تجيء المسئلة فى باب من تقبل شهادته ، وفى التعليل مغايرة .

إلا أن القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا ؛ وقال الشافعى رحمه الله : لايصح ، والمسئلة معروفة . وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ، ولأن فيها زيادة توكيد ، فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد . وقوله فى ذلك كله إشارة إلى جميع ماتقدم حتى يشترط العدالة ، ولفظة الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها

(إلا أن القاضى إن قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضى عاصيا (وأما) اشتراط (لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها) أى فى النصوص (بهذه اللفظة) قال تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ ـ وأشهدوا إذا تبايعتم ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ـ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ـ وأقيموا الشهادة لله ـ وقال عليه الصلاة والسلام « إذا رأيت مثل الشمس فاشهد » . وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة . فإن قيل : غايانها وردت بلفظ الشهادة وذلك لايوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى ـ وربك فكبّر ـ ولم يرد من السنة فى تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم « تحريمها التكبير » ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبى حنيفة فمن أين لزم فى الشهادة ؟ قلنا : لفرق معنوى وهو أن لفظة الشهادة أقوى فى إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التى مرجعها الحس ولأنها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر . وقد وقع الأمر بلفظ الشهادة فى قوله تعالى ـ وأقيموا الشهادة لله ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا رأيت مثل الشمس فاشهد » فلزم لذلك لفظ الشهادة ، بخلاف التكبير فإنه التعظيم ، وليس لفظ أكبر أبلغ من أجلّ وأعظم فكانت الألفاظ سواء ، فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر . وقوله (فى ذلك كله) أى فى المراتب الأربع كلها تشترط فيها العدالة ، ولفظ الشهادة فى شهادة النساء وغيرها . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال العراقيوان من عدم اشتراط لفظ الشهادة لأنها

ونحن أمرنا بخلاف ذلك ، قال صلى الله عليه وسلم « إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر » والمعلن بالفسق لامروءة له (لكن القاضى لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا ، وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى ـ وأقيموا الشهادة لله ـ وأشهدوا إذا تبايعتم ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ـ وقال صلى الله عليه وسلم « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » (ولأن فى لفظة الشهادة زيادة توكيد) لدلالتها على المشاهدة (ولأن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير فى الافتتاح فإنه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو أصرح فيه به (قوله فى ذلك كله) يريد به ماوقع فى المختصر من قوله ولا بد فى ذلك : أى فى جميع ماتقدم حتى يشترط العدالة ، ولفظة الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والإسلام . وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فإنهم لايشترطون فيها لفظة الشهادة ، فإذا أقام

(قوله بوجه مكفهر) أقول : أى شديد العبوس (قال المصنف : إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) أقول : فيه كلام لأنه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ماذكره . وجوابه أن الشهادة هو الإخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملزم للقاضى لا مطلق الإخبار فتأمل (قوله ولأن فى لفظة الشهادة) أقول : الأولى أن يجعل هذا وجها لدلالة النصوص على الاشتراط ، إذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا مستقلا على المدعى كما فعله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول : جواب عما يقال ما الفرق بين الأوامر المشتقة من الشهادة وبين غيرها من الأوامر حتى روعى فى الأولى اللفظ الذى ورد به الأمر دون الثانية مثل كبر .

شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والإسلام (قال أبو حنيفة رحمه الله : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض . إلا محدودا فى قذف » ومثل ذلك مروىّ عن عمر رضى الله عنه . ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرّم دينه ، وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع (إلا فى الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود) لأنه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها . ولأن الشبهة فيها دارئة ، وإن طعن الخصم فيهم

خبر كالشهادة على هلال رمضان . ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه إفادة اشتراطها ، بخلاف رمضان فإن اللازم فيه ليس الشهادة بل الإخبار ذكر فى الخلاصة فى كتاب الشهادات ، لو أخبر عدل القاضى بمجىء رمضان يقبل قوله و يأمر الناس بالصوم يعنى فى يوم الغيم ، ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء ، أما فى العيد فيشترط لأنه يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد انتهى . ولهذا احتاجوا إلى الحيلة فى إثبات الرمضانية . قالوا : يدّعى عند القاضى بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقرّ الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضى بالمال فيثبت مجىء رمضان ، لأن إثبات مجىء رمضان لا يدخل تحت الحكم . ذكره أيضا فى شهادات الخلاصة . واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام : يعنى فى الشهادة على المسلم ، وإلا فالذمى يجوز أن يشهد على مثله عندنا (قوله قال أبو حنيفة) يعنى لما اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة . قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على

المدعى الشهود فلا يخلو إما أن يطعن الخصم أو لا ، فإن كان الثانى قال أبو حنيفة رحمه الله : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا فى قذف » وروى مثل ذلك عن عمر رضى الله عنه ، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم فى دينه و بالظاهر كفاية . فإن قيل : الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق ، وهاهنا يثبت للمدعى استحقاق المدعى به بإقامة البينة . فالجواب ما أشار إليه بقوله إذ لا وصول إلى القطع ، وبيانه أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج إلى التزكية وقبول قول المزكى فى التعديل أيضا عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكى صدق فالكلام فيه كالأول وهلم جرا ، ويدور أو يتسلسل . ويجوز أن يقال : بالظاهر هاهنا اعتبر للرفع لا للاستحقاق ، وبيان ذلك أن دعوى المدعى وإنكار الخصم تعارضا ، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك ، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا (قوله إلا فى الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم ، إلا فى الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ، ولأن الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها

(قوله إذ لا وصول إلى القطع) أقول : يمكن الوصول إلى القطع بالتواتر ، فالأولى أن يقال : يكتفى بالظاهر للاستحقاق إذا لم يكن ثمة منازع ، كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده إذا لم يكن له منازع ، وهنا كذلك إذ الكلام فيما إذا لم يطعن الخصم فى الشهود . (قوله وبيانه أنه لو لم يكتف الخ) أقول : والأظهر أن يبين عدم إمكان الوصول إلى القطع لو زكى ، فإن المزكى يخبر عن عدالته ، متمسكا بظاهر حاله ، لأن أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهى دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية إذ لا ينسد احتمال فساد الإعتاق مثلا فتأمل (قوله فالجواب ما أشرنا إليه بقوله) أقول : الظاهر أن يقال ما أشار إليه بقوله (قوله ويدور أو يتسلسل) أقول : مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة اندفع الخ) أقول : فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول : بل من قوله يقتصر الحاكم (قوله ولأن الشبهة فيها دارئة) أقول : فيه بحث ، فإن وجه السؤال إذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس إلا لأنه يحتال لإسقاطها فاندرج هذا التعليل فى التعليل الأول فما وجه عده تعليلا مستقلا ، فلو أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمة التعليل الأول لكان أولى .

سأل عنهم لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح (وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله: لابد أن يسأل عنهم فى السر والعلانية فى سائر الحقوق) لأن القضاء مبناه على الحجة وهى شهادة العدول فيتعرف عن العدالة . وفيه صون قضائه عن البطلان . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان

ظاهر عدالة المسلم لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على أنه عدل . وقال صلى الله عليه وسلم « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا فى قذف » رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ومثل ذلك عن عمر رضى الله عنه . قال فى كتابه الذى كتبه لأبى موسى الأشعرى وقدمنا بعضه وفيه « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا فى قذف ، أو مجربا فى شهادة زور ، أو ظنينا فى ولاء أو قرابة » رواه الدارقطنى من طريق فيه عبد الله بن أبى حميد وهو ضعيف . ومن طريق آخر حسنة ، وأخرجه البيهقى من طريق آخر غير الطريقين جيدة ، وإذا كان الثابت ظاهرا هى العدالة اكتفى بها ، إذ القطع لايحصل ولو مع الاستقصاء . نعم تزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة إلا بدليل ولم يوجد ، ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل . وأول من سأل ابن شبرمة . بخلاف الحدود والقصاص لأنه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ماعرف احتيالا للدرء ، إذ ربما يعجز عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب . وأورد أن الظاهر إنما يكفى للدفع والشهادة توجب الاستحقاق . وأجيب بأن الظاهر فى الشهادة كالقطع لما لم يمكن الوصول إلى القطع ولا بالتزكية . والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق ، والمراد بالظاهر الذى لايثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب . وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل . وقال أبويوسف ومحمد : لابد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن فى سائر الحقوق فى السر والعلانية ، وبه قال الشافعى وأحمد . وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لايسأل عنه ، ومن عرف جرحه ردت شهادته ، وإنما يسأل إذا شك . وإنما قلنا لابد من السؤال مطلقا لأن القضاء ينبنى على الحجة وهى شهادة العدول فلا بد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك ، ولا يخفى قوة دليل أبى حنيفة على ذلك . وكونه لابد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبوحنيفة ، ولكن يقول : طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ماروينا عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ، ولذلك قالوا : هذا الخلاف خلاف زمان لاحجة وبرهان ، وذلك لأن الغالب فى زمان أبى حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما . وماقيل بأنه أفتى فى القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال « خير القرون قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم » وهما —

عسى يطلع على مايسقط به ذلك ، وإن كان الأول يسأل عنهم بالاتفاق ، لأن ظاهر حال المسلم فى الشهود معارض بحال الخصم إذا طعن فيهم ، فإن الظاهر أن المسلم لايكذب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا فيحتاج القاضى حينئذ إلى الترجيح . وقال أبو يوسف ومحمد : لابد أن يسأل عنهم فى السر والعلانية فى جميع الحقوق ، لأن مبنى القضاء على الحجة وهى شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة ، وفى السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (اختلاف عصر وزمان) لأن أباحنيفة أجاب فى زمانه وكان الغالب منهم عدولا . وهما أجابا فى زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ، ولو شاهد ذلك أبوحنيفة

(قال المصنف: لابد أن يسأل عنهم فى السر والعلانية) أقول : لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلو حتى ترتفع المخالفة التى تضمنها الكلام فتأمل .

والفتوى على قولهما فى هذا الزمان . قال (ثم التزكية فى السرّ أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردّها المعدّل) كل ذلك فى السرّ كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (وفى العلانية لابد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفى شبهة تعديل غيره ، وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الأول ، ووقع الاكتفاء بالسرّ فى زماننا تحرّزا عن الفتنة .

أفتيا فى القرن الرابع ففيه نظر . فإن أبا حنيفة رحمه الله توفى فى عام خمسين ومائة فكيف أفتى فى القرن الثالث . وقوله خير القرون الخ إثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لايستلزم أن يكون فى الزمان المتأخر غلبة الفسق ، والظاهر الذى يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذى يثبت بظاهر حال الإسلام . وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الإسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض .

[فرع] لو تاب الفاسق لاتقبل شهادته مالم تمض ستة أشهر . وقال بعضهم سنة ، ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية فى السرّ أن يبعث المستورة) وهى الورقة التى يكتب فيها القاضى أسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى : أى مسجد محلتهم ، وينبغى أن لايختار إلا معدّلا صالحا زاهدا كى لايخدع بالمال مأمونا أعظم من يعرفه فى هذه الأوصاف فيكتب إليه ثم هو يسأل عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم ، ويكون المزكى صاحب خبرة بالناس مداخلا لهم لامنزويا عنهم ، فإن هذا الأمر لايعرف إلا بالمخالطة والمداخلة ، فإن لم يجد إلا أهل مجلسه يسألهم عنه ، فإن وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الأخبار . وعن ابن سماعة عن أبى حنيفة : يجوز فى تزكية السرّ المرأة والعبد والمحدود إذا كانوا عدولا ، ولا يجوز فى تزكية العلانية إلا من

لقال بقولهما . ولهذا قال (والفتوى على قولهما فى هذا الزمان) قال (ثم التزكية فى السرّ الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية فى السرّ وتزكية فى العلانية . فالأولى (أن يبعث القاضى المستورة) وهى الرقعة التى يكتبها القاضى ويبعثها سرّا بيد أمينه إلى المزكى • يت بها لأنها تستر عن نظر العوام (إلى المعدل) مكتوبا (فيها النسب والحلى) بضم الحاء وكسرها جمع حلية الإنسان صفته وما يرى منه من لون وغيره (والمصلى) أى مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل ، وينبغى أن يبعث إلى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ، ولا يكون طماعا ولافقيرا يتوهم نخداعه بالمال ، وفقيها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه ، فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى إليه عدل جائز الشهادة ، ومن عرفه بالفسق لايكتب شيئا احترازا عن الهتك ، أو يقول : الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لولم يصرح بذلك يقضى القاضى بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ، ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل إلى الحاكم وينبغى أن يكون كل ذلك سراكى لايظهر فيخدع أو يقصد الخداع . والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذى عدلته يشير إلى الشاهد لتنتفى شبهة تعديل غيره ، فإن الشخصين قد يتفقان فى الاسم والنسبة ؛ وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها فى عهد الصحابة رضى الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقاباتهم الجارح بالأذى (ووقع الاكتفاء بالسرّ فى زماننا) لأن العلانية .

(قال المصنف : ثم التزكية فى السر أن يبعث الخ) أقول : فيه تسامح ، فإنه ليس تزكية بل التزكية فعل المزكى لكن المراد معلوم (قوله كي لايظهر فيخدع) أقول : بالرشوة (قوله أو يقصد الخداع) أقول : الصواب أو يقصد بالأذى على تقدير الجرح .

ويروى عن محمد رحمه الله: تزكية العلانية بلاء وفتنة. ثم قيل: لابد أن يقول المعدّل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدّل، وقيل يكتفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح. قال (وفى قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته، لكن عند محمد يضم تزكية الآخر إلى تزكيته لأن العدد عنده شرط. ووجه الظاهر أن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى إنكاره مبطل فى إصراره فلا يصلح معدّلا، وموضوع المسئلة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق.

تجوز شهادته فيشترط فيها مايشترط فيها إلا لفظة الشهادة فقط، لأن تزكية السرّ من الإخبار بالأمور الدينية، وكل من هؤلاء يقبل خبره فى الأمر الدينى إذا كان عدلا كما تقبل روايته للأخبار، فإذا قال المسئول عنه هو عدل كتب المزكى هو عدل مرضى مقبول جائز الشهادة، وإلا يكتب هو غير عدل. وفى فتاوى قاضيخان: إن عرف فسقه لايكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك، أو يقول الله أعلم، إلا إذا خاف أن يقضى القاضى بشهادته فيصرح حينئذ بذلك، ومن لايعرفه لابعدالة ولابفسق يكتب مستور ثم يردّ المستورة مع أمين القاضى إليه كل ذلك فى السرّ كى لايظهر الأمر فيخدع المزكى أو يقصد بالأذى. وأما العلانية فلابد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفى شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسئول عنه القاضى إذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين، وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الأول لأنهم كان يغلب عليهم الصبر للحق، ووقع الاكتفاء بالسرّ فى زماننا

بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالأذى (يروى عن محمد أنه قال: تزكية العلانية بلاء وفتنة. ثم قيل: لابد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل، وقيل يكتفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار) قال المصنف (وهذا أصح) لأن فى زماننا كل من نشأ فى دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لايسأل القاضى عن إسلامه وحريته وإنما يسأل عن عدالته. قال أبوحنيفة رحمه الله على طريقة قوله فى المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال إذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا، ويقبل إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لأنه اعترف بالحق (وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر إلى تزكيته لأن العدد شرط عنده) هذا إذا كان عدلا يصلح مزكيا، فإن كان فاسقا أو مستورا وسكت عن جواب المدعى ولم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لايصح هذا التعديل لأن العدالة شرط فى المزكى عند الكل (ووجه ظاهر الرواية أن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى إنكاره مبطل فى إصراره فلا يصلح معدلا) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق. ولقائل أن يقول: تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لأن العدالة ليست بشرط فى المقرّ بالاتفاق. والجواب أن المصنف قال (وموضوع المسئلة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا) ومثله ليس بإقرار بالحق، وفيه نظر لأن هذا الكلام مشتمل على

(قال المصنف: وهذا أصح) أقول: الأظهر أن يعمل بالقيل الأول فى ديارنا (قوله على قول من يقول بالسؤال إذا سأل) أقول: يعنى إذا سأل القاضى (قال المصنف: ووجه الظاهر أن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى إنكاره مبطل فى إصراره) أقول: قال العلامة علاء الدين الأسود فى شرح الجامع الصغير: وهذا كله إذا جحد الخصم، فأما إذا كان ساكتا وهو ممن يجوز أن يرجع إليه فى تعديل الشهود فتعديله صحيح، وكان كافيا عند أبى يوسف، وعند محمد يضم إلى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى. ويفهم ذلك من إشارة الهداية أيضا (قال المصنف: وموضوع المسئلة إذا قال إنهم عدول الخ) أقول: المقصود من التعديل هو حصول علم القاضى بعدالة الشاهد، فإذا كان المدعى عليه عدلا يعرفه القاضى بالعدالة ينبغى أن يقبل تعديله، إلا أن يقال: شهادة الشهود تتضمن جرحه.

(وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد رحمه الله : لايجوز إلا اثنان ، والمراد منه المزكى . وعلى هذا الخلاف رسول القاضى إلى المزكى والمترجم عن الشاهد له أن التزكية فى معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه ، وتشترط الذكورة فى المزكى والحدود والقصاص . ولهما أنه ليس فى معنى الشهادة ولهذا لايشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء ، واشتراط العدد أمر حكمى فى الشهادة فلا يتعداها ،

لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة . وقد روى عن محمد أنه قال : تزكية العلانية بلاء وفتنة ، ثم قيل : لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة . وقيل يكتفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة ، وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظرا إلى الدار فيكتفى به مالم يطعن الخصم بالرق . ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعا على قول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لايقبل قول الخصم : يعنى المدعى عليه إذا قال فى شهود المدعى هم عدول فلا تقع به التزكية لأن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى إنكاره مبطل فى إصراره فلا يصلح معدلا لأن العدالة شرط فى المزكى بالإجماع ، وعن أبى يوسف ومحمد ، يجوز قوله ذلك تعديد ، لكن عند محمد يضم تزكية آخر إلى تزكيته أى تزكية الخصم لأن العدد عند محمد فى المزكى شرط . وموضوع المسئلة أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطئوا أو نسوا . أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع . وعن محمد فيما إذا قال هم عدول فالقاضى يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل ، فإن قال بحق فهو إقرار ، وإن قال بغير حق لايقضى بشىء .

[فرع] إذا شهد فعدّل ثم شهد لايستعدل إلا إذا طال ، فوقت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر (قوله وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لايجوز إلا اثنان ، والمراد) من رسول القاضى (المزكى) وهو المسئول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذى يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول . والحاصل أنه يكفى فى التزكية الواحد ، وكذا الرسالة إليه والرسالة منه إلى القاضى . وكذا فى الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وبه قال مالك وأحمد فى رواية . وعند محمد لابد من اثنين ، وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية لمحمد أن التزكية فى معنى الشهادة . لأن ولاية القاضى تنبنى على ظهور العدالة وهى بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه

الإقرار وغيره فيصدق فى الإقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة . والجواب أنه لا إقرار فيه بالنسبة إلى ماعليه لأنه نسبهم فى ذلك إلى الخطإ والنسيان فأنى يكون إقرارا . قال (وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود) بلفظ المبنى للمفعول (واحدا جاز والاثنان أفضل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لايجوز إلا اثنان) ذكر فى شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول هاهنا هو المزكى ، ولا شك فى ذلك إذا كان الفعل مبنيا للمفعول (وعلى هذا الخلاف رسول القاضى إلى المزكى) ورسول المزكى إلى القاضى (والمترجم عن الشاهد . لمحمد رحمه الله أن التزكية فى معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تبتنى على ظهور التزكية ، وإذا كانت فى معناها (يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه فى الحدود) والأربعة فى تزكية شهود الزنا (ولهما أنه ليس فى معنى الشهادة ولهذا لايشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما اشترط فيها ، سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد فى الشهادة أمر حكمى

(ولا يشترط أهلية الشهادة فى المزكى فى تزكية السر) حتى صلح العبد مزكيا . فأما فى تزكية العلانية فهو شرط ، وكذا العدد بالإجماع على ماقاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء . قالوا : يشترط الأربعة فى تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله .

(فصل)

العدد كما يشترط العدالة ، ولذا اشترطت الذكورة فى المزكى فى الحدود كما اشترطت فى الشهادة عليها . ولهما أنه ليس فى معنى الشهادة والتوقف لايستلزم اشتراك كل ماتوقف عليه فى كل حكم : بل ما كان فى معنى الشهادة التى التى بها ثبوت الحق يكون مثلها وما لا فلا يلزم . والتزكية لايستند إليها ثبوت الحق بل إلى الشهادة ، فكانت التزكية شرطا لا علة . ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالإجماع فى عدم اشتراط لفظ الشهادة فى التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد فى الشهادة اشتراطها فى التزكية ، على أن التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره . واشتراط العدد فى الشهادة أمر تحكمى فى الشهادة يعنى تعبدى . وفى المبسوط : هو بخلاف القياس . وهذا زيادة على كونه تعبديا إذ فى القياس يكفى الواحد العدل لأن خبره موجب للعمل لا علم اليقين ، وكما لايثبت العلم بخبر الواحد لايثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها : أى لايتعدى الشهادة إلى التزكية ، وهذا الخلاف فى تزكية السر ، فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالإجماع على ماذكره الخصاف ، مع أن الوجه المذكور يجرى فيه ، وقدمنا أنه زيادة شبه لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ، ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة فى حق العدد قال المشايخ : فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين فى شهود الزنا ، والله أعلم .

(فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوغه)

ثبت بالنص على خلاف القياس ، لأن القياس لايقتضى ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لأن انقطاعه إنما يكون بالتواتر ورجحان الصدق إنما هو بالعدالة لا العدد كما فى رواية الإخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها إلى التزكية . فإن قيل : فتلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها . فالجواب أنه إنما ألحق لو كان فى معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الإلحاق والتعدية جميعا (قال : ولا يشترط أهلية الشهادة الخ) تزكية السرّ لايشترط فى المزكى فيها أهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه (فأما تزكية العلانية فهى شرط ، وكذلك العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف) وفيه بحث لأن اشتراط العدد فى تزكية العلانية ينافى عدم اشتراط ذلك فى تزكية السرّ لأن المزكى فى السرّ هو المزكى فى العلانية . والجواب أن الخصاف شرط أن يكون المزكى فى السرّ غير المزكى فى العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطا فى أحدهما دون الآخر ، وإليه أشار بقوله على ما قاله الخصاف . قال فى الخلاصة : شرط الخصاف أن يكون المزكى فى العلانية غير المزكى فى السرّ ، أما عندنا فالذى يزكيهم فى السرّ يزكيهم فى العلانية .

(فصـــل)

(قال المصنف : وكذا العدد بالإجماع) أقول : إذا كان المستند هو الإجماع لايرد شىء مما يختلج بالأوهام .

(فصل : فيما يتحمله الشاهد)

وما يتحمله الشاهد على ضربين : أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أورآه وسعه أن يشهد به وإن لم يشهد عليه (لأنه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الركن فى إطلاق الأداء ، قال الله تعالى ـ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ـ وقال النبى عليه الصلاة والسلام « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » قال (ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدنى) لأنه كذب ، ولو سمع من وراء الحجاب لايجوز له أن يشهد ، ولو فسر للقاضى لايقبله لأن النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم إلا

(قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين : أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أى يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والإقرار وحكم الحاكم . أو فعلا كالغصب والقتل . فإذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة منا على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع فى بيان أنواع مايتحمله الشاهد . وهو على نوعين : أحدهما مايثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج إلى الإشهاد مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع الشاهد ماكان من المسموعات كالبيع والإقرار وحكم الحاكم أو رأى ماكان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وإن لم يشهد عليه لأنه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه . وكل من علم ذلك جاز له الأداء بوجود ما هو الركن فى جواز الأداء ، قال الله تعالى ـ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ـ وقال صلى الله عليه وسلم « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » قيل جعل العلم بالموجب ركنا فى الأداء مخالف للنصين جميعا فإنهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته ، إذ الأحوال شروط وإذا موضوعة للشرط . وأجيب بأنه مجاز عن الشرط ، وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه . قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) إذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أشهد إنه باع (ولا يقول أشهدنى لأنه كذب ولو سمع الإقرار من وراء حجاب) يحجب عن رؤية شخص المقر (لايجوز أن يشهد ولو فسر للقاضى) بأن قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لايقبله ، لأن النغمة) وهو الكلام الخفى (تشبه النغمة) والمشتبه لايفيد العلم فانتفى المطلق للأداء . وقوله (إلا

(قوله فى بيان أنواع مايتحمله الشاهد) أقول : أراد بالجمع معنى المثنى كما لايخفى (قال المصنف : أحدهما مايثبت بنفسه) أقول : أى يثبت حكمه كما فى القسم المقابل ، ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على مايفهم من تقرير الكلام . قال صاحب النهاية فى شرح قوله مايثبت بنفسه : أى مالا يحتاج إلى الإشهاد ، بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا إشهاد ، بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى . قال الفاضل الشهير بحضرشاه : كذا فى النهاية وليس كما ينبغى ، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له . وحكمه يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه : أعنى الملك بنفسه ، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه ، وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه . وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لاتثبت الحكم بنفسها بل إذا نقله إلى مجلس القضاء وحكم القاضى بها ولعمرى إن هذا من الظهور بحيث لاينبغى أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هؤلاء الأعلام انتهى . وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشترى فى المبيع وفى الثمن للبائع ثبت بنفس العقد ، وكذا فى نظائره ، أما الشهادة فما لايثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضى ، هذا والظاهر ما فى النهاية لما أن الذى يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسى لا المشهود به ، ولأن تقرير الكلام يشهد له كما لايخفى (قال المصنف : مثل البيع) أقول : الظاهر أن المضاف محذوف أى مثل شهادة الخ على ماهو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول : أى مثل مايتحمل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول : إذا كان بالعقد (قوله كالغصب) أقول : وكالبيع إذا كان بالتعاطى (قوله بما يوجبه) أقول : متعلق بعلم (قال المصنف : قال الله تعالى ـ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ـ) أقول : وأنت خبير بأن العلم هنا ، وفى الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتقييد من دليل فتأمل (قوله قيل جعل العلم بالموجب ركنا فى الأداء) أقول : بل هو ركن فى إطلاق الأداء : أى فى تجويز الأداء (قوله وإذا موضوعة للشرط) أقول : إن أراد أنها موضوعة للشرط المصطلح عليه فى عرف الفقهاء فسلم ،

إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس فى البيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد لأنه حصل العلم فى هذه الصورة (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة ، فإذا سمع شاهدا يشهد بشىء لم يجز له أن يشهد على شهادته

أشهد أنه قضى ، فلو كان البيع بيع معاطاة ففى الذخيرة يشهدون على الأخذ والإعطاء . وقيل يشهدون على البيع كالقولى . ولا يقول أشهدنى لأنه كاذب ، وإنما جاز الأداء بلا إشهاد لأنه علم الموجب بنفسه ، وهو أى علم الموجب الركن المسوّغ لأداء الشهادة لأنه لاحقيقة لمسوّغ الأداء سواه : وقوله فى إطلاق يعنى مطلق الأداء. واستدل على تسويغ الشرع للأداء فى ذلك بقوله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون - فأفاد أن من شهد عالما بحق كان ممدوحا فلزم أن ذلك مطلق شرعا وإلا لم يكن ممدوحا . وقال عليه الصلاة والسلام « إذا علمت مثل الشمس فاشهد » فأمر بالشهادة عند العلم يقينا ، فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لاتشهد علىّ بما سمعته منى ثم قال بحضرته لرجل بقى لك علىّ كذا وغير ذلك حلّ له ، بل يجب أن يشهد عليه بذلك . وفى الخلاصة : اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشترى الثانى عليه هذا العيب فأنكر . فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب فى الحال . والحديث رواه الحاكم فى المستدرك والبيهقى فى المعرفة من حديث ابن عباس رضى الله عنهما « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال : هل ترى الشمس ؟ قال نعم ، قال : على مثلها فاشهد أودع » صححه الحاكم . وتعقبه الذهبى بأن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى . والمعلوم أن النسائى ضعفه ، ووافقه ابن عدى ، وفى العبارة المذكورة مايفيد أنه مختلف فيه . ولو سمع من وراء حجاب كثيف لايشف من ورائه لايجوز له أن يشهد ، ولو شهد وفسره للقاضى بأن قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لايقبله لأن النغمة تشبه النغمة إلا إذا أحاط بعلم ذلك لأن المسوّغ هو العلم غير أن رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فإذا فرض تحقق طريق آخر جاز ، وذلك بأن يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الإقرار أو البيع فإنه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لأنه حصل به العلم فى هذه الصورة . ونحوه ما فى الأقضية : ادّعى على ورثة مالا فقالا نشهد أن فلانا المتوفى قبض من المدعى صرّة فيها دراهم

إذا كان استثناء من قوله لايجوز له أن يشهد إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حينئذ ، وكذا إذا رأى شخص المقرّ حال الإقرار لرقة الحجاب ، وليست رؤية الوجه شرطا ذكره فى الذخيرة لأنه حصل العلم فى هذه الصورة . قال (ومنه مالايثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثانى من الشهادة ما لايثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فإنها لايثبت بها الحكم مالم يشهد ، فإذا سمع شاهدا يشهد بشىء لم يجز له أن يشهد على شهادته

والسند ظاهر ، وإن أراد أنها موضوعة للشرط النحوى فسلم ولا يفيد لأنه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى - إذا قمتم إلى الصلاة - فإن القيام إليها سبب للطهارة لاشرط كما صرح به فى الأصول (قوله وشهد عنده اثنان) أقول : الظاهر أن يقال أو شهد ، فإن فى الصورة الأولى تمس الحاجة إلى الشهادة إذا علم أن الكائن فى داخل البيت من هو (قال المصنف : فإذا سمع شاهدا يشهد بشىء لم يجز أن يشهد الخ) أقول : علله العلامة النسفى فى الكافى بقوله لأنه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه ، وإزالة الولاية الثابتة الغير ضرر عليه فلا بد من الإنابة والتحميل منه انتهى . والأمر ما ترك دليل صاحب الهداية إلى هذا فليتأمل فى أنه هل يمكن إرجاع ما فى الهداية إلى ماذكره صاحب الكافى بأن يحمل دليلا على صحة تفريع قوله فلا بد من الإنابة والتحميل على ما فرع عليه كما يفهم من الشروح .

إلا أن يشهد عليها) لأن الشهادة غير موجبة بنفسها ، وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لأنه ماحمله وإنما

ولم يعلما كم وزنها إن فهما قدرها وأنها دراهم وأن كلها جياد بما يقع عليه يقينهما بذلك فإذا شهدا به جاز . وفى الفتاوى : إذا أقرّت المرأة من وراء حجاب لايجوز لمن سمع أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها فحينئذ يجوز . أجمل فى هذه المسئلة ووضعها فى الخلاصة وغيرها هكذا الشهادة على امرأة لايعرفها سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال : لايجوز حتى يشهد جماعة أنها فلانة أما عند أبى يوسف وأبيك فيجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة . وهل يشترط رؤية وجهها؟ اختلف المشايخ فيه ، منهم من لم يشترط وإليه مال الإمام خواهر زاده . وفى النوازل قال : يشترط رؤية شخصها . وفى الجامع الأصغر : يشترط رؤية وجهها . وأنت تعلم أنه لابد من معرفة تفيد التمييز عند الأداء عليها ، فإذا ثبت أن التعريف يفيد التمييز ازم أن لاحاجة إلى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الإسلام جواهر زاده ، إلا إذا لم يوجد من يعرفها ، وإذا وجد حينئذ يجرى الخلاف المذكور أنه يكفى فى المعرفة عدلان أو لابد من جماعة ، ويوافقه مافى المنتقى : تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فماتت فشهدا عنده أن المقرة فلانة جاز له أن يشهد عليها ، نقله فى الخلاصة . وفى المحيط : شهدا على امرأة سمياها ونسباها وكانت

لأن الشهادة) أى شهادة الأصول (موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء) ولايكون النقل إلا بالإنابة والتحميل . والأول إشارة إلى مذهب محمد رحمه الله فإنه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمر الموكل ، والثانى إشارة إلى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل . قال الإمام فخر الإسلام : أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فإن الحكم يضاف إلى الفروع ، لكن تحملهم إنما يصح بعيان ما هو حجة ، والشهادة فى غير مجلس القاضى ليست بحجه فيجب النقل إلى مجلس القاضى ليصير حجة فيتبين أن التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل ، وفيه مطالبة لأنا سلمنا أن النقل لابد منه ، ولكن توقفه على التحميل يحتاج إلى بيان ، فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل ، لأنا لانعنى بها إلا ذلك ، ولا تحميل فيما لايشهد ثم البيان ، وعلى هذا إذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته

(قال المصنف : وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القاضى) أقول : قال الزيلعى وصاحب النهاية : ولهذا تعتبر عدالة الأصول انتهى . وقال ابن الهمام : وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة انتهى . وفيه تأمل سيجىء فى العناية فى باب الشهادة على الشهاد نقلا عن الفوائد الظهيرية ، وقد قصد تزييف هذا الدليل أن الفرع لايسعه الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضى فى مجلسه انتهى . وفى لطائف الإشارات : ولا يشهد على شهادة غيره بلا إشهاد لأنه نقل فلا بد من التحميل عندهم صح لو سمعه يشهد بمجلس الحكم (قوله لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل) أقول : ولهذا لو نهى عن الشهادة بعد إشهاده لايصح نهيه ويجوز له أن يشهد (قوله لكن تحملهم إنما يصح بعيان ماهو حجة)أقول : إذ لافائدة فى تحمل ما لا يصير معجة ، ثم المراد من قوله ماهو حجة كونه حجة فى المآل (قوله والشهادة إلى قوله بما هو حجة) أقول : إذ لاعلم لهم قبل النقل بكونها حجة ، فلعل القاضى لايقبلها لأمر لايحيط به علم الشاهد (قوله ولكن توقفه على التحميل محتاج إلى بيان) أقول : ويمكن أن يبين بأنه إذا لم يكن بل تبين تقبل شهادة الأصول ، وظاهر أن نقلها تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وإزالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر فى الإشهاد فلا بد من التحميل كما فى سائر الولايات (قوله فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل الخ) أقول : كيف يتحدان والشهادة صفة الفرع والتحميل صفة الأصل ، إلا أن يقال : إنهما كالتعليم والتعلم والإيجاب والوجوب ، وفيه نظر . نعم الإشهاد على الشهادة تحميل كسائر الإشهادات ، لكن الكلام فى احتياج الشهادة إلى الإشهاد (قوله لأنا لانعنى بها إلا ذاك) أقول : يعنى على مذهبهما ، ثم نقول : فيه بحث ، فإن احتياج الشهادة على الشهادة إلى التحميل محتاج إلى البيان ، بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة .

حمل غيره ، ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم : قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله .

حاضرة ، فقال القاضى أتعرفانها ، فإن قالا لا لاتقبل شهادتهما ، ولو قالا تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندرى أنها هذه أم لا صحت الشهادة وكلف المدعى أن يأتى بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان ، بخلاف الأول لأنهما هناك أقرا بالجهالة فبطلت الشهادة . فهذا ونحوه يزيد ماقلناه . ومنه مالا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة . فإذا سمع شاهدا يشهد بشىء لم يجز أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه . لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل ، ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره ، وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة .

[فروع] كتب إلى آخر رسالة : من فلان إلى فلان . كتبت تتقاضى الألف التى لك على ّ وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقى على ّ خمسمائة ، أوكتب إلى زوجته : قد بلغنى كتابك تسألينى الطلاق فأنت طالق طاقت ساعة كتب ، وينبغى لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهى شهادة حق . بخلاف مالو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا على ّ بما فيه ولم يقرأه عليهم . قال علماؤنا : لايجوزلهم أن يشهدوا عليه ، وقيل لهم ذلك . والصحيح الأول وإنما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه إذا قرأه عليهم أورأوه يكتب وهم يقرءونه أوكتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا على ّ بما فيه ، ولو قرأه عليه فقال الشاهدان نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل إلا فى الأخرس ، ومثله ما إذا دفع إليهم وصية مختومة . وقال هذه وصيتى وختمى فاشهدوا على ّ بما فيه لايجوز أن يشهدوا بما فيه . وعن أبى يوسف : إذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد مافيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد ، لأنه إذا كان فى يده كان معصوما من التبديل . واعلم أنه إنما يجوز لهم أن يشهدوا فى المسئلة السابقة إذا كان الكتاب على الرسم المعروف بأن كان على ورقة وعنون كما هو العادة فى الكتابة إلى الغائب . وإذا شهد على ذلك التقادير فقال لهم لم أرد الإقرار والطلاق لايدينه القاضى ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . أما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لاعلى ذلك الوجه ولم يشهدهم به لايحل لهم أن يشهدوا بالدين لجواز كونه لتجربة ، بخلاف الكتابة المرسومة ، وبخلاف خط السمسار والصراف لأنه حجة للعرف الجارى به على ما يأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الإقرار (قوله ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا إذا تذكر شهادته) التى صدرت منه فإن لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد ، لأن هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم ، هكذا ذكره القدورى ، ولم يذكر خلافا هو ولا فى شرحه للأقطع ، وكذا الخصاف ذكرها فى أدب القاضى ولم يحك خلافا . ولما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الأئمة قال المصنف : قيل هذا على قول أبى حنيفة ، وعندهما يحل له أن يشهد . وقيل هذا بالاتفاق : يعنى عدم جواز

لم يسع له أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره . قال (ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه الخ) الشاهد إذا رأى خطه فى صك ولم يتذكر الحادثة لايحل له أن يشهد لأن الخط يشبه الخط) والمشتبه لايفيد العلم كما تقدم (قيل : هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله) بناء على أنه لايعمل بالخط ويشترط الحفظ ، ولهذا قلت روايته لاشتراطه فى الرواية

وعندهما يحل له أن يشهد . وقيل هذا بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضى شهادته فى ديوانه أو قضيته ، لأن مايكون فى قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة فى الصك لأنه فى يد غيره . وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذى كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت .

الشهادة إذا رأى ولم يتذكر ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه : يعنى رأى فى ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضى والقاضى لايتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عنده ، وبه قال الشافعى . ورواية عن أحمد وعند أبى يوسف ومحمد إذا وجده فى قمطره تحت خاتمه يجوز أن يقضى به ، وبه قال مالك وأحمد فى رواية . وكذا إذا رأى قضيته : أى رأى حكمه مكتوبا فى خريطته وهى القمطرة ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف ، فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا بينه وبينهما ، وشمس الأئمة فى أدب القاضى من المبسوط حكى الخلاف كذلك فى وجدان صحيفة الحكم ، وأما فى شهادة الشاهد يجدها فى صك وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفى الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك ، وقد صارت الفصول ثلاثة : وجدان القاضى الشهادة عنده أو حكمه ، ووجدان الشاهد خطه ، والراوى فى الحديث . قال محمد : أخذ فى الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال : يعتمد الخط إذا كان معروفا ، وأبو يوسف فى مسئلة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لأن المكتوب كان فى يده أو يد أمينه . وفى مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة لأنه كان فى يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه . وحاصل وجه غير أبى حنيفة فى صور خلافهم أن وضع الخط ليرجع إليه عند النسيان وإلا فلا فائدة ، وهو يمنع حصر الفائدة فى ذلك ، بل صح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان إلا أنى أرى أنه إذا كان محفوظا مأمونا عليه من التغيير كأن يكون تحت ختمه فى خريطته المحفوظة عنده أن يترجح العمل بها ، بخلاف ما إذا كان عند غيره لأن الخط يشبه الخط . ورأينا كثيرا تتحاكى خطوطهم حتى أنى رأيت ببلدة الإسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضى بدر الدين الدمامينى كان رحمه الله فقيها ماالكيا شاعرا أديبا فصيحا ، وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لايفرق الإنسان بين خطيهما أصلا . ودمامين بالنون بلدة بالصعيد : ولقد أخبرنى من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلا كان معيدا فى الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته

الحفظ من وقت السماع إلى وقت الأداء (وعندهما يحل له ذلك) رخصة (وقيل هذا) أى عدم حل الشهادة (بالاتفاق) وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضى شهادة شهود شهدوا عنده واشتبه فى قمطره أى خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم (أو قضيته) أى وجد حكمه مكتوبا فى خريطته كذلك فإن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوّزاه لأن القاضى لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب ، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذ جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذى ليس يمكن التحرز عنه فإذا كان فى قمطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل إليه يد مغيرة والقاضى مأمور باتباع الظاهر (ولا كذلك الشهادة فى الصك لأنه فى يد غيره وعلى هذا) الاختلاف إذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت) فإنه قيل لا يحل له

(قال المصنف : وإنما الخلاف ، إلى قوله : يؤمن عليه الخ) أقول : قوله أو قضيته أى حكمه : يعنى فيما جوزه لأن مايكون الخ ، ودليل أبى حنيفة لعدم التجوز قد مر آنفا وهو مشابهة الخط الخط فلذلك لم يتعرض له هنا .

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان . والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة

في صك فأخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثاله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه . وهذا قول أبي يوسف ، ويقتضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد إذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة . وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب إليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد ؟ قال : إذا كان الخط في حرزه يسعه أن يشهد . وقال في المجرد : قال أبو حنيفة : لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيئا من ذلك ، فإن أنفذه قاض غيره ثم اختصموا إليه فيه أنفذه ، لأن هذا مما يختلف فيه القضاة ، وهذا يفيد أنه لو ذكر القاضي أني أشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل ، فإنه لم يحك خلافا . ولو نسي قضاءه ولا سجل عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا ، فإن تذكر أمضاه ، وإن لم يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك ، وقيل وأبو يوسف كذلك ، وعند محمد يعتمد ويقضي به ، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى . وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الأصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف لا يعمل به ، وعند محمد يعمل به . ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسيها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ، ومحمد كان لا يدع روايتها عنه ، كذا قالوا والله أعلم أن في تخريج المسائل الست إشكالا ، لأن المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما إذا صلى أربعا وترك القراءة في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين أنه يلزمه قضاء أربع ، فقال أبو يوسف : ما رويت لك إلا ركعتين ، وهذه الصورة ليست من صور نسيان الأصل رواية الفرع ، بل من صور تكذيب الأصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الأصول . ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والأصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك ، بخلاف ما إذا نسي الأصل ولم يجزم بالإنكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد رحمه الله . نعم إذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على أصول أبي حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ، ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة ، وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار ، بخلاف ما سواه لأنه قلما يشاهد حاله عند الموت إلا واحد ، لأن الإنسان يهابه ويكرهه ، فإذا رآه واحد عدل ، ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبره غيره ، ثم يشهدان بموته ، ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه ، وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لأحد

ذلك بالاتفاق ، وقيل لا يحل عند أبي حنيفة خلافا لهما . قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه الخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان . والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة)

(قال المصنف : ولا يجوز للشاهد ، إلى قوله : وولاية القاضي) أقول : سيجيء في آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة في الأموال بالتسامع

مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع . وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ،

أن يشهد بموته إلا إن شهد موته أو سمع ممن شهد ذلك ، ذكره فى الفتاوى . والا كتفاء بالعدلين نقل عن أبى يوسف وعن أبى حنيفة رحمه الله : لايشهد حتى يسمع من جماعة : وقال الخصاف فى الكل : حتى يسمع من العامة وتتابع الأخبار ويقع فى قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل . وفى الفصول عن شهادات المحيط فى النسب أن يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب عند أبى حنيفة . وعندهما إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل الشهادة . وأبو بكر الإسكاف كان يفتى بقولهما وهو اختيار النسفى . وفى النكاح لم يشترط المصنف مع رؤية دخوله إلى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق . ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول . وقول للشافعى ورواية عن مالك ، والمصنف لم يحك خلافا بل جعل قياسا واستحسانا . فالقياس عدم الجواز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، فإن الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحدا بعد اشتراكهما فى الحروف الأصول . والمشاهدة منتفية : يعنى القطع فلا تجوز كما فى البيع وغيره ، كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره . وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب أنه لاطريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر ، إذلم تجر العادة بحضور الناس الولادة ، وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا عند الموت لايحضره غالبا إلا الأقارب ، فإذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان . وكذا النكاح لايحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضا أن فلانا تزوج فلانة ، وكذا الدخول لايعلم إلا بأمارات فإن الوطء لايشاهد ، وكذا ولاية السلطان للقاضى لايحضرها إلا الخواص ، وإنما يحضرون جلوسه وتصديه للأحكام ، وإذا كانت العادة أن علم هذه الأشياء غالبا لايحصل إلا لبعض أفراد وأن الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة وإلا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الأعصار كالنسب والنكاح والإرث والموت . ويترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والإحصان وكمال المهر فى الدخول ، والحاسم لمادة الشغب الإجماع على وجوب الشهادة بأن عائشة بنت أبى بكر رضى الله عنهما وأنها زوجة النبى صلى الله عليه وسلم وأنه دخل بها ، وأن عليا رضى الله عنه ابن أبى طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب ، وأن شريحا كان قاضيا ، وأن أبابكر وعمر وعثمان وعليا رضى الله عنهم ماتوا وإن لم نعاين شيئا من ذلك . وحكى فى الخلاصة عن ظهير الدين

بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه فى أول الكتاب (وذلك بالعلم) أى المشاهدة وكأنه من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة ، ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فإنه لايجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لابد من المشاهدة (ووجه الاستحسان أن هذه) الأمور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام لأنها (أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس) لايطلع عليها إلا هم (وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالإرث فى النسب والموت

(قوله قد تقدم الخ) أقول : فى الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول : حيث تكلم فى أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه ومن المواجهة ، وقال هناك من الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب فى اللفظ والمعنى ، ويجوز أن يكون الثلاثى مشتقا من المنشعبة بهذا الاشتقاق (قوله وكأنه من باب القلب) أقول : يجوز أن يكون الباء للملابسة فلا قلب حينئذ (قوله ويجوز أن يكون ، إلى قوله : ولم يحصل) أقول : السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل ، إلا أن يقال : الألف واللام عوض عن المضاف إليه : أى من أسباب علم المشاهدة فليتأمل (قال المصنف : وجه الاستحسان ، إلى قوله : خواص من الناس) أقول : الظاهر أن اعتبار الأسباب لايستقيم فى غير النسب والقضاء إلا أن يحمل على التغليب وفيه شىء (قال المصنف : ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول : على بمعنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية ، إلا أنه لم يثبت ، ولعل ماذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى .

فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدّى إلى الحرج وتعطيل الأحكام . بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد ، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال فى الكتاب . ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم . وقيل فى الموت يكتفى بإخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ، ولا كذلك النسب والنكاح . وينبغى أن يطلق أداء الشهادة .

فى الدخول : لاتجوز الشهادة فيه بالتسامع ، فلو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة . ونص الخصاف على أنه يجوز بالتسامع لأنه أمر يشتهر . بخلاف الزنا فإنه فاحشة تستر (قوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض . أما إذا فسر للقاضى أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته ، كما أنه إذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ، ولو فسر فقال لأنى رأيتها فى يده فى وقت من الأوقات لاتقبل . وفى الفوائد الظهيرية : شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لايتصور اجتماعهم على الكذب لاتقبل . وقيل تقبل . وقال صاحب العمدة : لو قالا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الأصح واختاره الخصاف . وفى فصول الاستروشنى : لو شهد على النكاح فسألهما القاضى هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لأنه يحل لهما الشهادة بالتسامع . وقيل لاتقبل كأنهما قالا لم نعاين . ولو شهدا وقالا سمعنا لاتقبل فكذا هذا . ولو شهد أنهما دفناه أو قالا شهدنا جنازته تقبل . ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لأنها تثبت العارض ، ذكره رشيد الدين فى فتاواه . وفى الخلاصة : لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته ، إن كان المخبر بالموت عدلا

والنكاح وثبوت الملك فى قضاء القاضى وكمال المهر والعدة وثبوت الإحصان والنسب فى الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدّى إلى ذلك) وهو باطل ، بخلاف البيع فإنه مما يسمعه كل أحد . فإن قيل : هذا الاستحسان مخالف للكتاب فإن العلم مشروط فى الكتاب ولا علم فيما نحن فيه . أجاب بقوله (وإنما يجوز للشاهد) يعنى لانسلم أن لاعلم فيما نحن فيه فإنه إنما يجوز للشاهد (أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال فى الكتاب) وبين أن العدد فيمن يثق به شرط وهو (أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما على قول أبى حنيفة فلا تجوز الشهادة مالم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر ، وإذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة على ماقالوا لأنها توجب زيادة علم شرعا لايوجبها لفظ الخبر (وقيل يكتفى فى الموت بإخبار واحد أو واحدة) فرقوا جميعا بين الموت والأشياء الثلاثة : أى النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء ، لأن الغالب فيها أن تكون بين الجماعة ، أما النكاح فإنه لاينعقد إلا بشهادة اثنين ، والولادة فإنها تكون بين الجماعة فى الغالب ، وكذلك تقليد الإمام للقضاء . وأما الموت (فإنه قلما يشاهده غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج) بخلاف النسب والنكاح (وقوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) بيان لكيفية الأداء ، وينبغى أن يطلق ذلك فيقول فى النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما ابنا أبى قحافة والخطاب ولم

(قال المصنف أو بإخبار من يثق به) أقول : لعله عطف على قوله بالاشتهار ، فإن ثبوت الشهرة بإخبار عدلين لايخلو عن بعد . ثم بقى هاهنا بحث ، لأن إخبار من يثق لايفيد حكم العلم ، وإلا لصح الشهادة بذلك فى البيع وأمثاله ، واشتراط التواتر يعدم أو يهدم مبنى الاستحسان . ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر فى حق المشهود به ، فى حق هذه الأشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الإخبار) أقول : أى إخبار عدلين .

أما إذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد فى الأملاك تطلق الشهادة ، ثم إذا فسر لاتقبل كذا هذا . ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عينا فى يد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة ، حتى لو فسر للقاضى قبله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف . وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز فى الولاء لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » .

ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها . ثم قال : هذا إذا لم يؤرخا ، فإن أرخا وتاريخ شاهدى الحياة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهدى الحياة أولى وكذا بقتله انتهى . وأطلق فى وصايا عصام الدين فقال : شهدا أن زوجها مات أو قتل وآخران على الحياة فالموت أولى . وفى فتاوى الفضلى : شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لها أن تتزوج ؟ روايتان : فى السير لا يجوز ، وفى الاستحسان يجوز.

ومن فروع التسامع فى فتاوى النسفى : قال رجل لامرأة : سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلا ، فإن تزوجت ثم أخبرها جماعة أنه حى إن صدقت الأول يصح النكاح . وفى المنتقى لم يشرط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط ، وقد يخال أن هذا خلاف ما تقدم . وقد يفرق بأن ذلك فى حل إقدامها وعدمه ، وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثانى ظاهرا ، والشىء بالشىء يذكر إذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند وليها بأن زوجها طلقها أو مات عنها ووقع فى قلبها صدقه لها أن تعتد وتتزوج . وذكر رشيد الدين أيضا فيه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفا بأن كان عالما أو من العدال ، أما إذا كان تاجرا أو من هو مثله لا تجوز إلا بالمعاينة (قوله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب) أى استثناء القدورى حيث قال : إلا فى النسب إلى آخر الأشياء

يشاهد شيئا من ذلك (فأما إذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معاينة اليد فى الأملاك تطلق الشهادة وإذا فسر) بأنه إنما يشهد لأنه رآه فى يده (لا تقبل كذلك هذا ، ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا) وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه (وإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما إلى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته ، فإن سأله القاضى هل كنت حاضرا ؟ فقال لا تقبل شهادته ، لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ، فعلى الرؤية أولى . وقيل لا تقبل لأنه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضى أنه شهد به بالتسامع ، ولو قال أشهد لأنى سمعت لا تقبل فكذا هذا (ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله) لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه . ولو قالا نشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الأصح . وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لأنه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا فى عدم قبولها حرج وتعطيل . وقوله (ثم قصر الاستثناء فى الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هى محصورة فيما ذكر فى الكتاب أولا فى ظاهر الرواية محصورة (وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز فى الولاء لأنه بمنزلة النسب ، قال صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب) والشهادة على النسب بالتسامع

(قال المصنف : أما إذا فسر للقاضى إلى قوله لم تقبل شهادته) أقول : لأن إسناده لضعف دليل يريد أن يحمل المهلة على غيره (قوله فعلى الرؤية أولى) أقول : فتحمل شهادته على أحدهما (قوله لأنه ، إلى قوله : إنه شهد به بالتسامع) أقول : فيه بحث لأنه يجوز أن يشهد بالرؤية (قوله ولو قالا الخ) أقول : المسئلة فى النهاية نقلا عن صاحب العمدة .

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مرّ الأعصار ، إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه . وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه ، لأن أصله هو الذي يشتهر .

الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما . وعن أبي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع إليه ، وكان أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لا تجوز إلا أن يسمعا العتق ، ثم رجع إلى أنه تجوز لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » وفي النسب تجوز بالتسامع ، فكذا في الولاء ، ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه ونافعا مولى ابن عمر وبلالا مولى أبي بكر الصديق . ولهما أنه ينبني على العتق ، والعتق لقوله قولا يسمع ، وكثيرا ما يقصد الإشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما ينبني عليه ، وليس تجويزنا بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى إذ لا يرى العلوق ، وكذا تقليد القاضي القضاء إلا الخواص والموت والباقي فيؤدي إلى ما ذكرنا ، ولا كذلك العتق . وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الأخبار الحق ، وهذا بناء على أن لا خلاف في العتق أنه لا تقبل بالتسامع ، وعليه نص شمس الأئمة . وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضا عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافا لهما ، وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي . وشرط الخصاف في الولاء على قول أبي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال : إنما تقبل إذا كان العتق مشهورا وللمعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام . قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الأقطع في شرحه : قال محمد تجوز ، وقوله لأن أصله هو الذي يشتهر ليس بذاك ، والوجه في التوجيه أنه وإن كان قولا مما يقصد الإشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الأعصار تبيد الشهود والأوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سائبة إن لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة إلى ذلك . وقوله فالصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ . قال في الفصول : اختلف المشايخ . قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل . ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي ، وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا . وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات : إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن تقبل . ونص عن الشيخ الإمام ظهير الدين إذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر

جائزة كما مر فكذا على الولاء ، ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى عليّ وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وإن لم ندرك ذلك (وعن محمد أنها تقبل في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار . والجواب عن قول أبي يوسف أن الولاء يبتنى على إزالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لأنه يحصل بكلام تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع مقام البينة . قال شمس الأئمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ إلى أنها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا ، ويدل عليه عبارة الكتاب . وقال بعضهم : تقبل في أصله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي دون شرائطه ، لأن أصله هو الذي يشتهر ، ولا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل ، كذا في الذخيرة

(قوله أن الولاء يبتنى على إزالة ملك اليمين الخ) أقول : يعني إزالته بالإعتاق (قوله مقام البينة) أقول : الظاهر أن يقال مقام المعاينة (قوله ويدل عليه عبارة الكتاب) أقول : يعني قصر الاستثناء (قوله وقال بعضهم : تقبل في أصله) أقول : في شرح الوقاية لصدر الشريعة ، والمراد بأصل الوقف أن هذه الضيعة وقف على كذا ، فبيان المصرف داخل في أصل الوقف .

قال (ومن كان فى يده شىء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له) لأن اليد أقصى مايستدل به على الملك إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها فيكتفى بها . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له .

الواقف ، وإذا شهدوا أن هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لاتجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا . ثم قال : وما ذكرهنا . وفى الأصل صورته : أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد أو المقبرة ، ولم يذكروا أنه يبدأ بغلتها فيصرف إلى كذا ثم مافضل يصرف إلى كذا لايشهد على هذا الوجه بالتسامع ، وهكذا قال المرغينانى قال : لابد من بيان الجهة أنه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك، حتى لو لم يذكر ذلك لاتقبل شهادته . قال : وتأويل قولهم لاتقبل الشهادة على شرائط الوقف أنه لا ينبغى للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف إلى كذا وكذا ، ولو ذكر ذلك فى شهادته لاتقبل . ذكره فى الذخيرة . وذكر فى المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا . وأنت إذا عرفت قولهم فى الأوقاف التى انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنها يسلك بها ما كانت عليه فى دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما فى المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع

(قوله ومن كان فى يده شىء الخ) صورتها : رأى عينا سوى ما استثناه فى يد إنسان ثم رآها فى يد غيره والأول يدعى عليه الملك وسعه أن يشهد للمدعى لأن الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ، ولا دليل سواه لأن غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث ، وشىء من هذه الأسباب لايفيد ملك الثانى حتى يكون ملك الأول . وعن أبى يوسف أنه يشترط فى حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له . وفى الفوائد الظهيرية أسند هذا القول إلى أبى يوسف ومحمد وافقه وعنهما قال المصنف : قالوا يعنى المشايخ :

(قال ومن كان فى يده شىء الخ) رجل رأى عينا فى يد آخر ثم رآها فى يد غيره والأول يدعى عليه الملك وسعه أن يشهد بأنه للمدعى لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها ، فإن الإنسان وإن عاين البيع أو غيره من الأسباب لا يعلم ملك المشترى إلا بملك البائع وملك البائع لايعلم إلا باليد ، وأقصى

(قال المصنف : ومن كان فى يده شىء سوى العبد والأمة) أقول : ولعله إنما لم يقل ومن عاين فى يد رجل شيئا وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة إذ لامعاينة فيها (قال المصنف : لأن اليد ، إلى قوله : فى الأسباب كلها) أقول : قال فى الكافى : لأن أقصى ما فى الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما ، لكن البيع إنما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وإنما يعرف كون المبيع ملكا للبائع والموهوب ملكا للواهب بيده بلا منازعة انتهى . فإن قيل : بل يعرف كونها ملكا بتصرف ذى اليد بيعا وهبة لابمجرد اليد . قلنا : لاتصرف فى صورة الإرث وهو يكفينا فى نفى قول الشافعى (قال المصنف : فيكتفى بها) أقول : قال العلامة النسفى فى الكافى : وينبغى أن لايقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى او بين ذلك يرد كما مر فى التسامع ، لأن معاينة اليد فى الأملاك مطلق الشهادة بالملك لا موجب ، والقاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى . وفيه بحث لم لايجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتأمل . والقول الفصل والكلام الجزل فى شرح الكنز للزيلعى . وعبارة الكنز : وإن فسر القاضى أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لايقبل انتهى . وعبارة الزيلعى : أى فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز بالتسامع ، أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته فى يده فى موضع يجوز له الشهادة برؤيته فى يده لاتقبل شهادته ، لأن التسامع أو الرؤية فى اليد مجوز الشهادة والقاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة . أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية فى يده فلا يجوز أن يحكم بها ؛ ألا يرى أنه لايجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ، ولا برؤية نفسه فى يد إنسان فأولى أن لايجوز بسماع غيره أو برؤية غيره ، وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة ، وفيما لاتجب لايجب ، فكذا ينبغى أن لايجوز الشهادة فيما لايجوز القضاء به ، إلا أنا استحسنا فى المواضع التى تقدم ذكرها للضرورة التى ذكرناها وبقى القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم ، فإن فيه نفعا فى هذا المقام حيث ينجل بها ظلمات الأوهام . قال فى النهاية : ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضى أيضا القضاء به ، حتى أن القاضى لو عاين يده فى حال قضائه يحل له أن يقضى كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى . ولا تتوهمن المخالفة بين ماذكره الزيلعى وما فى النهاية : فإن ما فى شرح الكنز

قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد رحمه الله فى الرواية فيكون شرطا على الاتفاق. وقال الشافعى رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك. قلنا: والتصرف يتنوع أيضا إلى نيابة وأصالة. ثم المسئلة على وجوه: إن عاين المالك الملك حل له أن يشهد، وكذا

يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد فى الرواية. قال الصدر الشهيد: ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه نأخذ. وقال أبو بكر الرازى: هذا قولهم جميعا. ووجهه أن الأصل فى حل الشهادة اليقين لما عرف، فعند تعذره يصار إلى مايشهد به القلب لأن كون اليد مسوغا بسبب إفادتها ظن الملك، فإذا لم يقع فى القلب ذلك لاظن فلم يفد مجرد اليد، ولهذا قالوا: إذا رأى إنسان درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهل له لايسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لايكفى. وقال الشافعى: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف، وهو قول مالك، لأن اليد تتنوع إلى ملك ونيابة وضمان. قلنا: وكذا التصرف أيضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف، ثم ينبغى أن يطلق الشهادة حتى لو قال إنه شهد بناء على اليد لاتقبل، وهذا لأن معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لاموجب على الشاهد أن يشهد والقاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة، ولهذا قلنا: إذا كانت دار فى يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بالعمارة والهدم ونحو ذلك بيعت دار إلى جانبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لايقضى القاضى له بذلك وإن ثبت عنده أنها فى يده يتصرف فيها إذا أنكر المشترى أن الدار التى فى يده ملكه لأن العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز (قوله ثم إن عاين الملك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أوجه: الأول أن يعاين الملك والمالك، وهو إن عرف المالك باسمه ونسبه

مايستدل به كاف فى الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالإجماع، فإنها إذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أن له لأن الأصل فى الشهادة العلم بالنص وعند إعواز ذلك يصار إلى مايشهد به القلب (قالوا: ويحتمل أن يكون هذا) أى ماذكر من شهادة القلب (تفسير إطلاق محمد فى الرواية) وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له: يعنى إذا وقع ذلك فى القلب. قيل لو كان ذلك كافيا فى الشهادة لقبلها القاضى إذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك. وأجيب بأنا جعلنا العيان مجوزا للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا، وأما أن يلزم القاضى العمل به فلم يلتزمه، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كان فى يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضى لايقضى له عند إنكار المشترى أن تكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سببا للوجوب (وقال الشافعى رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاف (لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك) فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف إليها. والجواب أن التصرف كذلك، وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال فينتفى العلم (ثم) هذه (المسئلة على وجوه) أربعة بالقسمة العقلية: لأنه إما أن يعاين الملك والمالك، أو لم يعاينهما،

هو ما إذا رأى القاضى قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه فى يد غيره كما لايخفى (قوله لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول: كيف يلزم الانسداد إذا شرط معها ماذكره أبو يوسف والخصاف (قوله لأن العيان ليس سببا للوجوب) أقول: قال فى النهاية لكنه ليس سببا للجواز انتهى، فيه بحث (قال المصنف: لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك) أقول: لعل المراد من الإنابة النيابة، وقد فسرت بها فى فصل القضاء بالمواريث، وفى الكافى: لأن اليد تتنوع إلى ملك وأمانة وضمان (قال المصنف: قلنا والتصرف يتنوع أيضا إلى نيابة وأصالة) أقول: فيه أن شبهة الشبهة غير معتبرة بل الشبهة واحتمال كون التصرف نيابة من قبيل الأول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليتأمل فى أن محل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال) أقول: فيه تأمل، فإن ضم الخبر المحتمل لكذب إلى مثله

إذاعاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته، وإن لم يعاينها أو عاين المالك دون الملك لايحل له .

ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازع ثم رآه فى يد آخر فجاء الأول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر أن المراد بالملك المملوك . الثانى أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلانى وهو لايعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى نسب إليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد استحسانا . والقياس أن لاتجوز لأن الجهالة فى المشهود به تمنع جواز الشهادة . فكذا فى المشهود له . وجه الاستحسان أن الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع أيضا . وأورد عليه أنه يلزم أن تكون الشهادة بالملك بالتسامع . وأجيب بأن الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفى ضمنه ثبوت الملك فيجوز . وهنا كذلك لأنه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه فى ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن . ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضى لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة أولا الشهادة به ، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك فى الضيعة ، والله أعلم . وعلى هذا قال الناصحى : فإن كان المالك امرأة لاتخرج ولا يراها الرجال ، فإن كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لأن شهرة الاسم كالمعاينة . الثالث أن لايعاين الملك ولا المالك بل سمع أن لفلان بن فلان الفلانى ضيعة فى قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لايحل له أن يشهد له بالملك لأنه مجازف فى هذه الشهادة . الرابع أن يعاين المالك بأن عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيعة فى كورة كذا وهو

أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك . فإن كان الأول بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه فى يده ووقع فى قلبه أنه له حل له أن يشهد لأنه شهادة عن علم . وإن كان الثانى وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة فى بلد كذا حدودها كذا وكذا لايشهد لأنه مجازف فى الشهادة . وإن كان الثالث وهو إن عاين الملك بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلانى ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لاتحل له الشهادة لأنها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له . وفى الاستحسان يحل لأن الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم ؛ ألا ترى أن صاحب الملك إن كانت امرأة لاتبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك . وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع فى الأموال وهى باطلة . وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان ، والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم ، وفى ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن . وإن كان الرابع فهو كالثالث فى لجهالة المشهود به

قد يفيد نفى الاحتمال كما فى الأخبار المتواترة (قوله بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه) أقول : ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل فى المعاينة لتحققها بدونها (قوله وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المقصود بالشهادة ليس النسب بل الملك فى الضيعة . والظاهر فى الجواب بطلانها جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كى لاتضيع الحقوق (قوله والتسامع إنما هو بالنسبة الخ) أقول : لأن الشاهد إذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب إلى فلان بن فلان . فإن الذى يستفيده أولا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب إليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك إليه إنما هو فى المرتبة الثانية ، إذ لاتعرف النسبة إلا بعد معرفة المنتسبين .

وأما العبد والأمة ، فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك لأن الرقيق لايكون فى يد نفسه ، وإن كان لايعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لايعبران عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما ، وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لأن لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب ، والفرق مابيناه ، والله أعلم :

لايعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود (قوله وأما العبد والأمة) يعنى إذا عاينهما فى يد إنسان يخدمانه إذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لأنهما بوصف الرق لا يد لهما على أنفسهما وقد شوهد فى يد غيرهما فكان كرؤية ثوب فى يده ، وإن لم يعرف رقهما ، فإن كانا صغيرين : أى لا يعبران عن أنفسهما فكذلك يجوز أن يشهد له بملكهما له لما ذكرنا أنهما لا يد لهما على أنفسهما ، وإن كانا كبيرين : أى يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح المحبوبى فهو مصرف الاستثناء فى قوله سوى العبد والأمة لأن لهما يدا على أنفسهما فتدفع الغير عنهما . حتى أن الصبى الذى يعقل او أقر بالرق على نفسه لغيره جاز إقراره ويصنع المقر له به مايصنع بمملوكه ، وإذا كان ممن يعبر عن نفسه لاتكون اليد دليل الملك إذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبيد ، وهذا الاحتمال يهدر إذا كانا لايعبران عن أنفسهما ، فأما إذا كان لذلك أهلا فلا يزال اعتباره إلا بإقرارهما بالرق ، فإن لم يقرا لاتثبت الشهادة عليهما به ، وإنما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا فى يد من هما فى يده لظهور الرق عليهما باليد فى حال صغرهما . هذا وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فى الكبيرين أيضا ، وكذا عن أبى يوسف ومحمد فجعلوا اليد فى الكل دليلا على الملك بدليل أن من ادعى عبدا أو أمة فى يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول لذى اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده عليه . وقوله (والفرق مابينا) يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما .

(قوله وأما العبد والأمة) مردود إلى قوله سوى العبد والأمة . وتقريره أن الرجل إذا رأى عبدا أو أمة فى يد شخص فلا يخلو إما أن يعرف رقهما أو لا ، فإن كان الأول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما فى يده لأن الرقيق لايكون فى يد نفسه ، وإن كان الثانى فإما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين ، فإن كان الأول فكذلك لأنه لا يد لهما على أنفسهما ، وإن كان الثانى وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان أو بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والأمة ، فإن اليد فى ذلك لاتدل على الملك لأنهما فى أيدى أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكما ، حتى أن الصبى الذى يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له مايصنع بمملوكه . واعترض بأن الاعتبار فى الحرية والرق لو كانا لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر فى يد من يدعى رقهما . وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للدولى فى الصغر وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال : يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب ، وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، فجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل ؛ ألا ترى أن من ادعى عبدا أو أمة فى يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول لذى اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده كما فى الثياب والدواب . والفرق مابينا وهو قوله لأن لهما يدا على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما ، بخلاف الثياب ، والله تعالى أعلم .

(قال المصنف : وإن كانا كبيرين فذلك) أقول : فى الكافى أو صغيران يعبران عن أنفسهما انتهى . والظاهر أن المصنف أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا أم لا كما يشير إليه صاحب العناية .

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

(قال : ولا تقبل شهادة الأعمى : وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله : تقبل فيما يجرى فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه . وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله : يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على الميت .

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لما ذكر تفصيل مايسمع من الشهادة شرع فى بيان من تسمع شهادته وأخره لأن المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته . والأصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم «لاشهادة لمتهم» والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الأعمى) مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لاتجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله : تقبل فيما تجوز فيه التسامع لأن الحاجة فيه للسماع ولا خلل فى سمعه) وهو قول للشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري . وتقبل فى الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل بالسماع . وقال أبو يوسف : تجوز فيما طريقه السماع ، وما لا يكفى فيه السماع إذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي

(باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل)

لما فرغ من بيان ماتسمع فيه الشهادة وما لاتسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لاتسمع ، وقدم ذلك على هذا لأنه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط ، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة ، قال صلى الله عليه وسلم « لاشهادة لمتهم » ولأنها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته يترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لايترجح ، وهى قد تكون لمعنى فى الشاهد كالفسق ، فإن من لاينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لاينزجر عنه أيضا فكان متهما بالكذب ، وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة يتهم بها بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل فى أداء التمييز كالعمى المفضى إلى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود فى القذف قال الله تعالى ـ فإذلم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ـ قال (ولا تقبل شهادة الأعمى الخ) شهادة الأعمى إما أن تكون فى الحدود والقصاص أولا ، فإن كان الأول فليست بمقبولة بالاتفاق وإن كان الثانى فإما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت أو لا ، فإن كان الأول قبلت عند زفر وهو

(باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل)

(قوله والشروط مقدمة على المشروط) أقول : المشروط هو الشهادة لامن يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول : لادلالة فيه على الأصالة (قوله وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة الخ) أقول : أو ملك أو شركة ، فى التخصيص بالقرابة بحث (قوله يتهم بإيثار المشهود له) أقول : أى يتهم الشاهد (قوله وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول : وهو الإتيان بأربعة شهداء (قال المصنف : ولا تقبل شهادة الأعمى) أقول : ولو قبل القاضى شهادة الأعمى وحكم بها يصح حكمه لأنه مجتهد فيه حيث قال مالك : تقبل شهادته مطلقا كالبصير .

ولنا أن الأداء يفتقر إلى التميز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة . وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص : ولو عمى بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأن قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء

ومالك وأحمد لأنه إذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت (ولنا أن الأداء يفتقر إلى التميز بالإشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الأعمى إلا بالنغمة (وفيه) أى فى التميز بالنغمة (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود) فلم تقع ضرورة إلى إهدار هذه التهمة ، بخلاف وطء الأعمى زوجته وأمته فإنه لا يمكن التحرز عنه بجنس

رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة ، وإن كان الثانى ، فإن كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعى ، وإن انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق . فالمعتبر عند أبي يوسف الإبصار عند التحمل ، وعندهما استمراره ، حتى لو عمى بعد الأداء قبل القضاء امتنع القضاء . أما عدم القبول فى الحدود والقصاص فلأنها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة فى حق الأعمى يقوم مقام المعاينة ، والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير . وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه . والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجرى فيه التسامع لا تقبل فيما يجرى فيه ذلك كالصبى والمجنون ، وسيأتى جواب آخر . وأما وجه قول أبي يوسف والشافعى فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ، ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة ، والأداء إنما يكون بالقول ولا خلل فى القول لأن لسانه غير موف فكان المقتضى لصحة التحمل والأداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لأن التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر نسبته . والجواب لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الأداء بل الأداء مفتقر إلى التميز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه أى فى النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ، فإن بالشهود البصراء كثرة وفيهم غنية عن شهادة الأعمى ، والمراد بالتميز بالإشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضى إلى القاضى فإنها تقبل ، ولا إشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور ، بخلاف الأعمى . وفى قوله يمكن التحرز إشارة إلى الجواب عن الميت ، فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعى وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته ، وإلى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة للأعمى فيما هو أعظم خطرا من الأموال وهو وطء زوجته وجاريته فإنه لا يميزهما عن غيرهما إلا بالنغمة وذلك تناقض : وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات ، بخلاف ما نحن فيه ، ولا نسلم انتفاء المانع فإن انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ، وفيه إشارة أيضا إلى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص فى كون النسبة غير مفيدة للتعريف . وأما وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لمنع

(قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول : المراد اتفاق مالك ، وإلا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف : ولو عمى بعد الأداء يمتنع القضاء) أقول : وقال أبو يوسف : لا يمتنع بل يقضى بها لأنها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كما لو مات الشاهد أو غاب . وقال صدر الشريعة : وقول أبي يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول : ولزفر أن يمنع ذلك والفارق بين محل النزاع والمقيس عليه ظاهر إذ ليس واحد منهما أهل الولاية ، بخلاف الأعمى (قوله وسيأتى جواب آخر) أقول : فى قوله ولنا أن الأداء يفتقر الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول : الظاهر أن يقال : والشرط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أى فى النغمة الخ) أقول : ويجوز إعادة الضمير إلى التميز بالنغمة فلا حاجة إلى التأويل (قوله والمراد بالتميز بالإشارة الخ) أقول : فيئول الكلام إلى نوع مصادرة (قوله فصار كالحدود والقصاص) أقول : عدم قبول شهادة الأعمى فيهما لأنهما لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كما مر ، وليس

لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أوجنّ أوفسق ، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا ، لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة مابطلت (قال ولا المملوك) لأن الشهادة من باب الولاية وهو لايلى نفسه فأولى أن لاتثبت له الولاية على غيره ،

النساء فأهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة فى تعريف الغائب دون الحاضر ، بخلاف الميت لأنه لايمكن التحرز عنه بجنس الشهود ، على أن الإشارة ثم تقع إلى وكيل الغائب ووصى الميت وهوقائم مقامه ، ولا حاجة إلى الإلحاق بالحدود من جهة أن شهادة الأعمى لاتقبل فيها بالإجماع بل ماتقدم يكفى إذ الرد بتهمة ما فى الحدود لايستلزم الرد بمثلها فى غيرها لأن تلك يحتاط فى درء الحكم فيها . وأما الاستدلال بما ورد عن على رضى الله عنه أنه ردّ شهادة الأعمى فيقول أبويوسف هذه واقعة حال لاعموم لها فيجاز كونه كان فى حد ونفيه ، وقيد فى الذخيرة قول أبى يوسف بما إذاكانت شهادته فى الدين والعقار . أما فى المنقول فأجمع علماؤنا أنها لاتقبل . واستشكل بكتاب القاضى إلى القاضى ، فإن الشهود لايشيرون إلى أحد وتقبل . وأجيب بأن الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لو رأيناه عرفناه ، والأعمى لايعرفه ، إذ لو رآه لم يعرفه حتى لوقالوا فى كتاب القاضى لانعرفه اليوم لم تقبل . وأيضا فنقول : كتاب القاضى إلى القاضى للضرورة والحاجة كما تقدم ولاضرورة فى شهادة الأعمى لما ذكرنا من إمكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا . قال : فلو أدى بصيرا ثم عمى قبل القضاء امتنع القضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أى عند القضاء لأنها إنما تراد للقضاء فما يمنع الأداء يمنع القضاء ، والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الأداء فيمنع القضاء ، وأبويوسف قاسه بما إذا غاب الشاهد بعد الأداء قبل القضاء أو مات . قلنا : بالموت انتهت الشهادة وتمت بالغيبة مابطلت ، بخلاف العمى فإنه مبطل لها . وفى المبسوط أنه لاتجوز شهادة الأخرس بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لاتتحقق منه ، ونقض بأن الأصح من قول الشافعى رحمه الله تقبل إذاكانت فيه إشارة مفهومة ، وبقولنا قال مالك وأحمد وهو قول للشافعى ، ولا شك فى تحقق التهمة فى الإشارة فهو أولى بعدم القبول من الأعمى لأن فى الأعمى إنما تتحقق التهمة فى نسبته وهنا تتحقق فى نسبته وغيره من قدر المشهود به وأمور أخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أى الرقيق ، وبه قال مالك والشافعى ، وقال أحمد تقبل على الأحرار والعبيد ، وهو قول أنس بن مالك رضى الله عنه ، وهو قول عثمان البتى وإسحاق وداود . وعن علىّ رضى الله عنه : تقبل على مثله لا الأحرار ، والمعوّل عليه

القضاء بالعمى الطارئ بعد الأداء فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ، ولا قيام لها بالعمى فصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق ، فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جنّ أو ارتدّ بعد الأداء قبل القضاء لايقضى القاضى بشهادته ، والأمر الكلى فى ذلك أن مايمنع الأداء يمنع القضاء ، لأن المقصود من أدائها القضاء وهذه الأشياء تمنع الأداء بالاجماع فتمنع القضاء . والعمى الطارئ بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء ، وعند أبى يوسف لايمنع الأداء فلا يمنع القضاء (قوله بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا) جواب عما يقال لانسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط ، فإن الشاهد إذا مات أوغاب قبل القضاء لايمنع القضاء ولا أهلية عنده . ووجه ذلك أن الأهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة مابطلت (قال ولا المملوك الخ) لاتقبل شهادة المملوك لأن الشهادة ولاية متعدية ، وليس له ولاية قاصرة ، فأولى أن لايكون له ولاية متعدية

كذلك الأموال ، ؛ ألا يرى أنها تثبت بالنسبة فى كتاب القاضى إلى القاضى مثلا فكيف يلحق بهما (قال المصنف : ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية) أقول : الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والعبد محجورا كان أو مأذونا تجوز وكالته فتأمل فى جوابه .

(ولا المحدود فى قذف وإن تاب) لقوله تعالى ـ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ـ ولأنه من تمام الحدّ لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله ، بخلاف المحدود فى غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة . وقال الشافعى رحمه الله

فى المنع عدم ولايته على نفسه وما هو إلا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تميزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لالنقص فى عقله ولا خلل فى تحمله وضبطه فلا مانع . وأما ادعاء الإجماع على عدم قبوله فلم يصح . قال البخارى فى صحيحه ، وقال أنس رضى الله عنه : شهادة العبد جائزة إذا كان عدلا . وأجازه شريح وزرارة بن أبى أوفى . وقال ابن سيرين : شهادته جائزة إلاالعبد لسيده . وأجازه الحسن وإبراهيم ، وقال شريح كلكم بنوعبيد وإماء ، إلى هنا لفظ البخارى . ولاتقبل شهادة الصبىّ عندنا وهو قول مالك والشافعى وأحمد وعامة العلماء . وعن مالك تقبل فى الجراح إذا كانوا مجتمعين لأمر مباح قبل أن يتفرقوا ، ويروى ذلك عن ابن الزبير رضى الله عنه . والوجه أن لاتقبل لنقصان العقل والتميز وربما يقدم لعلمه بعدم التكليف .

[فروع] إذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فأداها بعد العتق قبلت، كالصبىّ إذا تحمل فأدى بعد البلوغ ، وكذا الذمى إذا سمع إقرار المسلم ثم أسلم فأدى جاز (قوله ولا المحدود فى قذف وإن تاب) وقال الشافعى ومالك وأحمد تقبل إذا تاب ، والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته أن يكذب نفسه فى قذفه ، وهل يعتبرمعه إصلاح العمل ؟ فيه قولان فى قول يعتبر لقوله تعالى ـ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ـ وقيل لا لأن عمر رضى الله عنه قال لأبى بكرة تب قبل شهادتك . وقد يجاب بأن أبا بكرة كان من العباد وحاله فى العبادة معلوم ، فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق إلا التوبة بإكذاب نفسه ، وأصله أن الاستثناء فى قوله تعالى ـ إلاالذين تابوا ـ ينصرف إلى الجملة الأخيرة أو إلى الكل ، والمسئلة محررة فى الأصول ، وهى أن الاستثناء إذا تعقب جملامتعاطفة هل

(ولا المحدود فى قذف وإن تاب لقوله تعالى ـ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ـ) ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهومالانهاية له ، والتنصيص عليه ينافى القبول فى وقت ما ، وأن معنى قوله لهم : أى للمحدودين فى القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا فى قذف ، ولأنه يعنى رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالأصل (قوله بخلاف المحدود فى غير القذف) جواب عما يقال المحدود فى القذف فاسق بقوله تعالى ـ وأولئك هم الفاسقون ـ والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود فى غير القذف . ووجه ذلك أن ردّ الشهادة إن كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود فى غير القذف ، وأما إذا لم يكن كذلك كالمحدود فى القذف فإنه من تمام الحد كما ذكرنا . وليس للفسق إذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ـ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ـ لا النهى عن القبول . وقال الشافعى رحمه الله : تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى ـ إلا الذين تابوا ـ استثنى التائب والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقديره : ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا إلا الذين تابوا . والجواب أنه منصرف إلى مايليه وهو قوله ـ وأولئك هم الفاسقون ـ وهو

(قوله وأن معنى ، إلى قوله : عن كونه محدودا فى قذف) أقول : لعل مراده أن نسبة أمر إلى المشتق تفيد علية المأخذ ، فعنى الآية : ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين فى القذف ، وفى التوبة لاتزول هذه العلة فكذا معلولها (قال المصنف : ولأنه من تمام الحد) أقول : دليل على المدعى مع قطع النظر عن لفظة أبدا بخلاف الدليل الأول (قال المصنف : لأن الرد للفسق) أقول : لا لأنه من تمام الحد (قوله إذ الحكم الثابت له التوقف الخ) أقول : فيه تأمل ، إذ لا منافاة بين التوقف والنهى عن القبول ، وسيجىء فى شهادة أهل الذمة فى هذا الباب مايؤيد ما قلنا .

تقبل إذا تاب لقوله تعالى - إلا الذين تابوا - استثنى التائب . قلنا : الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى - وأولئك هم الفاسقون -

ينصرف إلى الكل أو إلى الأخيرة ؟ عندنا إلى الأخيرة ، وقد تقدم ثلاث جمل هى قوله تعالى - فاجلدوهم - ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ، وأولئك هم الفاسقون - والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل فى حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد . أما المناسبة فلأن رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه آلم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه ، بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم « جلد مائة وتغريب عام » فإنه لايناسب الحد ، لأنه ربما يصلح مانعا فى المستقبل من فعله ، والتغريب سبب لزيادة الوقوع لأنه لغربته وعدم من يعرفه لايستحى من أحد يراقبه ، فإذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه ، وكذا قيد التأبيد لافائدة له إلا تأبيد الرد ، وإلا لقال : ولا تقبلوا لهم شهادة . وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول . ثم استثنى الذين تابوا ، وهذا لأن الرد على ذلك التقدير ليس إلا للفسق ويرتفع بالتوبة فلا معنى للتأبيد على تقدير القبول بالتوبة . وأما رجوع الاستثناء إلى الكل فى قوله تعالى - فى المحاربين - أن يقتلوا أو يصلبوا - إلى قوله تعالى - إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم - حتى سقط عنهم الحد فلدليل اقتضاه ، وهو قوله تعالى - من قبل أن تقدروا عليهم - فإنه لو عاد إلى الأخيرة : أعنى قوله تعالى - ولهم عذاب عظيم - لم يبق لقوله - من قبل أن تقدروا عليهم فائدة للعلم بأن التوبة تسقط العذاب ، ففائدة قوله تعالى - من قبل أن تقدروا عليهم - ليس إلا لسقوط الحد ، وهذا لأنا إنما نقول بعود الاستثناء إلى الأخيرة فقط إذا تجرد عن دليل عوده إلى الكل ، فأما إذا اقترن به عاد إليها كما يقول هو إن عوده إلى الكل إذا تجرد عن دليل عوده إلى الأخيرة فقط ولو اقترن به عاد إليها فقط ، وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لأنها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام الحد فكان قياسا فى مقابلة النص . لايقال : رد الاستثناء إلى الجملة الأخيرة ينفى الفائدة لأنه معلوم شرعا أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية . لأنا نقول : كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لايعرف عقلا بل سمعا ، وذلك بإيراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه ، وكون آية أخرى تفيده لايضر للقطع بأن طريق القرآن تكرار الدوال خصوصا إذا كان مطلوب التأكيد - كأقيموا الصلاة - وقد تكرر قوله تعالى - إلا الذين تابوا - لذلك الغرض ، ففى آية - إلا الذين تابوا - إلى قوله - فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم - وفى أخرى - إلا من تاب وآمن - إلى قوله تعالى - فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا - وفى أخرى - إلا من تاب - إلى قوله تعالى - فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات - ومواضع أخرى عديدة ، ولم يسع أن يقال فى أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة فى هذا إلا من أقدم على الكفر والعياذ بالله تعالى ، وإنما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ، ولأنه إذا لم يذكره إلا فى موضع واحد فعسى أن لايسمعه بعض الناس ، فإذا تعددت مواضعه فمن لم

ليس بمعطوف على ماقبله لأن ماقبله طلبى وهو إخبارى . فإن قلت : فاجعله بمعنى الطلبى ليصح كما فى قوله تعالى - وبالوالدين إحسانا - قلت : يأباه ضمير الفصل ، فإنه يفيد حصر أحد المسندين فى الآخر وهو يؤكد الإخبارية . سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل ، سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة

(قوله فإن قلت : فاجعله بمعنى الطلبى الخ) أقول : أى بمعنى فسقوا ، فتقدير الكلام حينئذ : فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وفسقوهم ، ويكون إيثار صيغة الإخبار للمبالغة (قوله كما فى قوله - وبالوالدين إحسانا -) أقول : حيث أول بأحسنوا (قوله سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة) أقول : لا يلزم من كونه جزاء أن يكون حدا فإن الحد هى العقوبة المقدرة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك ،

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر فى قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد ، وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى ، بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق

يسمع تلك الآية سمع تلك ، ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان فى تعداد إفادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصى ثناء عليه ؛ وأما ما عن عمر رضى الله عنه أنه قال لأبى بكرة تب أقبل شهادتك ففى ثبوته نظر ، لأن راويه عمرو بن قيس ، ولو تركنا النظر فى ذلك كان معارضا بما قاله لأبى موسى الأشعرى فى كتابه له : والمسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا مجلود فى قذف ، أو مجربا فى شهادة زور ، أو ظنينا بقرابة . وقد قدمنا عنه عليه الصلاة والسلام من رواية ابن أبى شيبة قوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا محدودا فى قذف » وبقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وإبراهيم النخعى وسعيد بن جبير ، وهكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهم . قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لأن التائبين ليسوا داخلين فى الفاسقين ، فكأنه قيل : وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فإن الله غفور رحيم : أى يغفر لهم ويرحمهم ، وإذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعا : أى زاجرا يبقى بعد التوبة كأصله : أى كأصل الحد فإنه لا يسقط بالتوبة ، فكذا ما كان تماما له . وفى المبسوط : الصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حد الكافر فى قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة) فى الجملة

كأصل الحد وهو تناقض ظاهر : سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود . سلمناه لكن جعله مجازا ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمحذورات ، وتمام العثور على هذا المبحث يقتضى مطالعة تقريرنا فى تقريرنا فى الاستدلالات الفاسدة . قوله (ولو حد الكافر) يعنى إذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار ، فإذا أسلم جازت شهادته مطلقا لأن للكافر شهادة على مثله ، ومن له ذلك وحد فى القذف كان رد شهادته من تتمة حده ، وبالإسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الأولى فلا يكون الرد من تمامها ، والعبد إذا حد فى القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة إلا ما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده ، وطولب بالفرق بين مسلم زنى فى دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام وبين العبد إذا حد فى القذف حيث جعل القذف قائما فى حقه إلى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما إلى حصول نفوذ الولاية ، وفرق بينهما بأن الزنا لم ينعقد موجبا فى دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا ، والقذف موجب فى حق الأصل فيوجب الوصف عند إمكانه . واعترض على كلام المصنف بأنه لا فائدة فى تقييد الحد بكونه قبل الإعتاق ، لأنه إذا حد بعد الإعتاق ترد الشهادة أيضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فأوجب الرد . وأما إذا قذف

مع أن أصل الحد هنا يسقط بعفو المقذوف وإحلاله المشار إليه بقوله تعالى ـ وأصلحوا ـ فإن من جملة الإصلاح الاستحلال ، أشير إليه فى التلويح (قوله لكنه كان أبدا مجازا الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه باق على حقيقته فى حق غير التائب الذى هو الباقى بعد الثنيا والنهى عن القبول بالنسبة إلى شهادتهم فليتأمل (قال المصنف : أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن) أقول : قال العلامة النسفى فى الكافى : لأن التائبين ليسوا من الفاسقين ، فكان معناه : ولكن الذين تابوا فإن الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم ، فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله النهى . وفى قوله لأن التائبين الخ بحث ظاهر ، إذ له أن يقول : الاستثناء من قوله أولئك وهو الظاهر كما فى أمثاله (قوله فى الاستدلالات الفاسدة) أقول : فى باب وجوه الوقوف على أحكام النظم (قوله والقذف موجب فى حق الأصل) أقول : أراد من الأصل الجلد .

(قال ولاشهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولدلأبويهوأجداده) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره » ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لايجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة

فكان ردها من تمام شهادته ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حدّ فى قذف ثم أعتق لاتقبل شهادته ، لأنه لم تكن له شهادة إذ ذاك ، فلزم كون تتميم حدّه بردّ الشهادة التى تجددت له . وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى فى دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام لايحدّ حيث توقف حكم الموجب فى العبد إلى أن أمكن ولم يتوقف فى الزنا فى دار الحرب إلى الإمكان بالخروج إلى دار الإسلام . أجيب بأن الزنا فى دار الحرب لم يقع موجبا أصلا لعدم قدرة الإمام ، فلم يكن الإمام مخاطبا بإقامته أصلا لأن القدرة شرط التكليف ، فلو حدّه بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب ، وغير الموجب لاينقلب موجبا بنفسه خصوصا فى الحد المطلوب درؤه . أما قذف العبد فوجب حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه فى الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق . قال فى المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف : هذا الفرق على الرواية التى يقبل فيها خبر المحدود فى القذف فى الديانات ، أما على رواية المنتقى أن لاتقبل فالفرق أن الكافر بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند إقامة الحد ، وهذه العدالة لم تصر مجروحة بإقامة الحد ، بخلاف العبد فإنه بالعتق لايستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته مجروحة بإقامة الحد . ثم لا فائدة فى تقييد الجواب فى العبد بكون العتق بعد الحد فى قوله إذا حد ثم أعتق ، لأنه لو لم يحد حتى عتق فحد لاتقبل أيضا ، ولكن وضعه كذلك لأنه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر ، والكافر لو قذف مسلما ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته ، ولو حد بعض الحد فى حال كفره وبعضه فى حال إسلامه ففيه اختلاف الروايتين . ومر فى حد القذف وفى هذه المسئلة ثلاث روايات : لاتسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد ، تسقط إذا أقيم أكثره ، تسقط إذا ضرب سوطا لأن من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه (قوله ولا شهادة الوالد) وإن علا لولده وإن سفل (ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده) أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له . قال المصنف : والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « لا تقبل » الخ . وهذا الحديث غريب ، وإنما أخرجه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال : لاتجوز شهادة الابن لأبيه ، ولا الأب لابنه ، ولا المرأة

الكافر مسلما ثم أسلم فحد فى حال إسلامه لم تقبل شهادته ، ولو حد قبل الإسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الإسلام مفيدا . والجواب أن فائدته تطبيق المسئلتين فى عروض مايعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج إلى الفرق . وأما أن الشهادة لاتقبل بعد الإعتاق كما أنها لاتقبل قبله فلا منافاة فيه . قال (ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم «لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ») قيل : ما فائدة قوله لسيده ، فإن العبد لاشهادة له فى حق أحد . وأجيب بأنه ذكره على سبيل الاستطراد ، فإنه عليه الصلاة والسلام لما عدّ مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكأنه قال : لو قبلت شهادة العبد فى موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل فى حق سيده ، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لايجوز دفع الزكاة

(قوله لاتقبل شهادة الوالد الخ) أقول : ومالك يخالفنا فى قرابة الولاد . وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا فى النهاية والكافى وشرح الكنز للزيلعى . وقال العلامة الكاكى فى معراج الدراية : ما وجدت هذا فى الكتب المشهورة لأصحاب مالك رحمهم الله .

لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة . قال العبد الضعيف : والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لاشهادة للقانع بأهل البيت » وقيل المراد الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها .

لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا الشريك لشريكه فى الشىء بينهما لكن فى غيره « ولا الأجير لمن استأجره » ولا العبد لسيده » انتهى . وقال ابن أبى شيبة : حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرجا نحوه عن إبراهيم النخعى ، لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازى الذى شهد له أكابر المشايخ أنه كبير فى العلم رواه بسنده إلى عائشة رضى الله عنها : ثنا صالح بن زريق وكان ثقة : ثنا مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد الشامى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاتجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ، ولا الأجير لمن استأجره » انتهى . وقد فسر فى رواية شريح أمر الشريك . وذكر المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم « لاشهادة للقانع بأهل البيت » وهو بعض حديث رواه أبو داود فى سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذى الغمر على أخيه وشهادة القانع بأهل البيت وأجازها لغيرهم » . قال أبو داود : الغمر الشحناء ، وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه ، وعنه رواه أحمد قال فى التنقيح : محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما ، وتكلم فيه بعض الأئمة ، وقد تابعه غيره عن سليمان ، ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة فى ابن ماجه وآدم بن فائد فى الدارقطنى ، ولم يذكرا فيه القانع . وأخرج الترمذى عن يزيد بن زياد الدمشقى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا مجلود حدا ، ولا ذى غمر على أخيه ، ولا مجرب بشهادة زور ، ولا القانع بأهل البيت ، ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة » انتهى . وقال : غريب لانعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقى ، وهو يضعف فى الحديث . قال : والغمر العداوة انتهى . وقال أبو عبيد : الغمر العداوة ، والقانع التابع لأهل البيت كالخادم لهم . قال : يعنى ويطلب معاشه منهم . والظنين : المتهم فى دينه . فهذا الحديث لاينزل عن درجة الحسن . فإذا ثبت رد القانع وإن كان عدلا فالولد

إليهم ، واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتمكن فيه شبهة . قال المصنف رحمه الله (والمراد بالأجير على ماقال المشايخ هو التلميذ الخاص الذى يعد ضر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه) قيل : التلميذ الخاص هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لاشهادة للقانع بأهل البيت » من القنوع لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم . وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة ، وهو الأجير الواحد فيستوجب : أى فإنه إذا كان كذلك يستوجب الأجر بمنافعه ، وأداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها ، وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه ، إذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ، ولهذا جاز شهادة الأستاذ له ووضع الزكاة فيه ، لكن الإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس . وأما شهادة الأجير المشترك فمقبولة

(قال المصنف : أو تتمكن فيه الشبهة) أقول : فيه كلام ، وفى بعض النسخ : أو تتمكن فيه التهمة : أى تهمة الميل وهى المراد بالشبهة
(قوله من القنوع) أقول : لا من القناعة .

قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله: تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدى متحيزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ، ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما فى الغريم إذا شهد لمديونه المفلس .

والوالد ونحوهما أولى بالرد ، لأن قرابة الولاد أعظم فى ذلك فيثبت حينئذ ردّ شهادتهم بدلالة النص . ويكون دليلا على صحة حديث الترمذى المذكور فيه « ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة » وإن كان راويه مضعفا ، إذ ليس الراوى الضعيف كل ما يرويه باطل إنما يردّ لتهمة الغلط لضعفه . فإذا قامت دلالة أنه أجاد فى هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وإن كان من روايته ، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ، ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم ، وعلى هذا كان شريح حتى ردّ شهادة الحسن رضى الله عنه حين شهد مع قنبر لعلىّ رضى الله عنه فقال علىّ : أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين « هما سيدا شباب أهل الجنة قال : نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولكن ائت بشاهد آخر ، فقيل عزله ثم أعاده وزاد فى رزقه » فقيل رجع علىّ رضى الله عنه إلى قوله . وقوله والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه ، وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم « لا شهادة للقانع بأهل البيت » وقد ذكرناه . وفى الخلاصة : والتلميذ الخاص الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة . وقيل المراد بالأجير الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة ، لأنه إذا كانت إجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التى هى الأداء فى أجرته فيكون مستوجبا الأجر بها فيصير كالمستأجر عليها لأن العقد وقع موجبا تمليك منافعه ، ولهذا يستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم يعمل ، بخلاف الأجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لأن العقد لم يقع موجبا تمليك منافعه بل وقع على عمل معين له ، ولهذا لا يستحق الأجرة حتى يعمل فافترقا . وفى العيون : قال محمد رحمه الله فى رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الأجير فى ذلك اليوم : القياس أن لا تقبل ، ولو كان أجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ، ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا له قبل أن يقضى فإنى أبطل شهادته فإن لم تبطل حتى بطلت الإجارة ثم أعاد الشهادة جازت ، كالمرأة إذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز . وما فى زيادات الأصل من قوله تقبل شهادة الأجير حمل على الأجير المشترك كما حمل ما فى كتاب كفالة الأصل لا تجوز شهادة الأجير على الأجير الخاص لما فى نوادر ابن رستم قال محمد : لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة وإن كان أجيرا مشتركا قبلت شهادته اهـ . وأما شهادة الأستاذ للتلميذ والمستأجر للأجير فمقبولة لأن منافعهما ليست بمملوكة للمشهود له (قوله ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر)

لأن منافعه غير مملوكة لأستاذه ، ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره فى مدة الإجارة . قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، وقال : الشافعى تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدى متحيزة) أى يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة فى ملك الآخر غير متعدية إليه ، ولهذا يقتضى من أحدهما للآخر ويحبس بدينه ، وكل من كان كذلك تقبل شهادته فى حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم وغيرهم . لا يقال : فى قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لأن كل واحد منهما يعدّ نفع صاحبه نفع نفسه ، لأن ذلك ليس بقصدى بل حصل فى ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا . كربّ الدين إذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فإنها تقبل ، وإن كان له فيه نفع لحصوله ضمنا

(قال المصنف : والأيدى متحيزة) أقول : قال ابن الهمام : أى يد كل منهما فى حيز غير حيز الأخرى ، فهى مجموعة عنه من حاز الشىء

ولنا ما روينا ، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما ، بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية على المشهود به ،

ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكا : وقال الشافعي : تقبل ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي : لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقا في ماله لوجوب نفقتها ، وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة . وجه الشافعي أن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة : أي كل يد في حيز غير حيز الأخرى فهي ممنوعة عنه من حاز الشيء منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجرى بينهما القصاص والحبس بالدين ، ولا معتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل منهما بمال الآخر لأنه غير مقصود بالنكاح لأنه لم يقصد لأن ينتفع كل منهما بمال الآخر ، وإنما يثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم إذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه في منفعته . ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته » وقد سمعت أنه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاف ، ولو لم يثبت فيه نص كفى المعنى فيه ، وإلحاقه بقرابة الولاد في ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ، ولهذا قال تعالى ـ ووجدك عائلا فأغنى ـ قيل بمال خديجة رضي الله عنها ، بل ربما كان الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها أكثر مما بين الآباء والأولاد ، بل قد يعادي أبويه لرضا زوجته وهي لرضاه ، ولأن الزوجية أصل الولاد لأن الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع إلى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا ، بخلاف القصاص لأن بعد الموت لا زوجية . وفي المحيط : لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن لقيام النكاح في بعض الأحكام . ولو شهد أحدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة تقبل ، بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأصح ، لأن القاضي لما ردها صار مكذبا في تلك الشهادة شرعا فلا تقبل ، بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي إذا ردت ثم أعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وهو رواية عن أحمد : لا تقبل كالرد للفسق . قلنا : رد شهادتهم لعدم الأهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الرد ، فإذا صاروا أهلا تقبل . ولو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به ، وبالإعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج إلى الجواب ، فصار الحاصل : كل ما ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى

(ولنا ما روينا) من حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته » (ولأن الانتفاع متصل) ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت أنها تحل لي لا يحد (وهو) أي الانتفاع (هو المقصود) من الأموال (فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما) في شهادته بجر النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة (قوله بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعي . ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به إذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه ، بخلاف الرجل فإنه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة . لا يقال : الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه ، لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ

جمعه فلا اختلاط فيها انتهى . وفي القاموس وغيره : تحوز وتحيز بمعنى تنحى انتهى . وهذا المعنى هو الأنسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول : وبخلاف المرأة فإن لها حق الأخذ للنفقة والظفر ليس موهوما .

(ولا شهادة المولى لعبده) لأنه شهادة لنفسه من كل جهة إذا لم يكن على العبد دين أومن وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم فى مال البعض .

لاتقبل إذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى ، إلا العبد إذا شهد فردّ والكافر والأعمى والصبىّ إذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم ، وتقبل لأم امرأته وأبيها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولأخت امرأته (قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخصاف ، ولأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين ومن وجه إذا كان ، ولأن الحال : أى حال مال العبد فيما إذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال فى دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه ، وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الأئمة الثلاثة . وقوله لما قلنا : يعنى من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه . وفى المبسوط : وكذا لاتقبل شهادة أبى المولى وابنه وامرأته هؤلاء ، وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ماقدمناه ، وكان مقتضى القياس أن تقبل لأنها فى الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للفظ النص السابق « ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما » بخلاف ماليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير أن هذا لايتحقق فى الشريك المفاوض لأن كل شىء هو من شركتهما ولذا قالوا : لاتقبل إلا فى الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق ، لأن ماسوى هذه مشترك بينهما ، وينبغى أن تزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهم لأنه لاشركة بينهما فيه (قوله وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه) قيل بلا خلاف ، لكن قال شمس الأئمة فى شرح أدب القاضى من السلف : من قال لاتقبل شهادة الأخ لأخيه ، ولا شك فى ضعف التهمة لأنه لابسوطة وليس مظنة ملزومة للإلف ، بل كثيرا مايكون بينهم العداوة والبغضاء ، وكل قرابة غير الولاد كالحال

بناء عليه ولا كذلك الزوجان . قال (ولا شهادة المولى لعبده الخ) لاتقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ، ولأن شهادته له شهادة لنفسه من وجه أومن كل وجه ، وذلك لأنه لايخلو إما أن يكون على العبد دين أو لا ، فإن كان الأول فهى له من وجه لأن الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم فى دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه ، وإن كان الثانى فهى له من كل وجه لأن العبد وما يملك لمولاه (ولا) تقبل شهادة المولى (لمكاتبه لما قلنا) من كون الحال موقوفا مراعى لأنه إن أدّى بدل الكتابة صار أجنبيا ، وإن لم يؤدّ عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنه يصير شاهدا لنفسه فى البعض وذلك باطل ، وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة إذ هى شهادة واحدة (ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة) قيل : هذا إذا كانا شريكى عنان . أما إذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه إلا فى الحدود والقصاص والنكاح ، لأن ماعداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه . قال (وتقبل شهادة الأخ لأخيه الخ) تقبل شهادة الأخ لأخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الأقارب غير الولاد لانتفاء التهمة

(قوله قيل هذا الخ) أقول : أى قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية (قوله هذا إذا كانا شريكى عنان الخ) أقول : فيه بحث ، لأنه إذا كان ماعداها مشتركا يدخل فى عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح فى قوله ماليس من شركتهما فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضا فلا وجه للإخراج فتأمل ، إلا أن تخص بالأملاك بقرينة السياق ، ثم إن قوله لأن ماعداها مشترك بينهما غير صحيح ، فإنه لايدخل فى الشركة إلا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ، ولهذا قالوا :

قال (ولا تقبل شهادة المخنث) ومراده المخنث فى الردىء من الأفعال لأنه فاسق ، فأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لأنهما يرتكبان محرما فإنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية » (ولا مدمن الشرب على اللهو) لأنه ارتكب محرم دينه .

والخالة وغيرهما كالأخ تقبل فيه الشهادة (قوله ولا تقبل شهادة المخنث ، ومراده المخنث فى الردىء من الأفعال) وهو التشبه بالنساء تعمدا لذلك فى تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية . روى أبو داود بإسناده إلى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء » يعنى المتشبهات بالرجال ، فكيف إذا تشبه بهن فيما هو أقبح من ذلك ، فأما الذى فى كلامه لين خلقة وفى أعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة (قوله ولا نائحة ولا مغنية) هذا لفظ القدورى ، فأطلق ثم قال بعد ذلك : ولا من يغنى للناس ، فورد أنه تكرار لعلم ذلك مما ذكر من قوله مغنية . والوجه أن اسم مغنية ومغن إنما هو فى العرف لمن كان الغناء حرفته التى يكتسب بها المال ؛ ألا ترى إذا قيل ما حرفته أو ماصناعته يقال مغن كما يقال خياط أو حداد ، فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله النائحات ، لعن الله المغنيات » ومعلوم أن ذلك لوصف التغنى لا لوصف الأنوثة ولا للتغنى مع الأنوثة ، لأن الحكم المترتب على مشتق إنما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة أخرى . نعم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام ، ونصوا على أن التغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ، ومثل هذا لفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة ، وحينئذ كأنه قال : لاتقبل شهادة من اتخذ التغنى صناعة يأكل بها لامن لم يكن ذلك صناعته ، ولذا علله فى الكتاب بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة . وفى النهاية أن الغناء فى حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق فى قوله مغنية ، وقيد فى غناء الرجال بقوله للناس . ولا يخفى أن قوله من يغنى للناس لايخص الرجال لأن من تطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا ، وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير فى قوله يغنى بالياء من تحت لايوجب خصوصه بالرجال

بتباين الأملاك ومنافعها (ولا تقبل شهادة مخنث وهو فى العرف من عرف بالردىء من الأفعال) أى التمكن من اللواطة (فأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية) لارتكابهما المحرم طمعا فى المال . والدليل على الحرمة « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية » وصف الصوت بصفة صاحبه ، والمراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا . والتغنى للهو معصية فى جميع الأديان . قال فى الزيادات : إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا إذا كان الغناء من المرأة فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء إليه ، ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا فى غناء الرجل (ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه)

لو وهب لأحدهما مالا غير الدراهم والدنانير لاتبطل الشركة لأن المساواة فيه ليست بشرط (قال المصنف : « فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين » الخ) أقول : أى صوت المغنية بتقدير المضاف أو يكون من قبيل ـ عيشة راضية ـ (قوله فإن وقع نفس الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء إليه ولهذا لم يقيد هاهنا) أقول : فيه بحث لأن المراد بالمغنية التى اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة إلى التقييد ، ولكون المراد هو ذلك علله الشارح بقوله لارتكابهما المحرم طمعا فى المال فما أسرع ما نسى ، ثم ماذكره جاز فى النوح بعينه فما باله لم يكن مسقطا للعدالة إذا ناحت فى مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منهما فى مسئلة الزيادات من كان التغنى مكسبه فليتأمل (قوله ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه)

(ولا من يلعب بالطيور) لأنه يورث غفلة ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفى بعض النسخ :ولا من يلعب بالطنبور وهو المغنى (ولا من يغنى للناس) لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة :

لما عرف أنه يجوز فى ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وإن كان المعنى على التأنيث ، فكيف إذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر. فإن قلت : تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضى أن التغنى مطلقا حرام وإن كان مفاده بالذات أن الاسماع كبيرة لأنهم إنما يجتمعون على الاسماع بالذات إلا أن كون الاسماع محرما ليس إلا الحرمة المسموع ، وليس كذلك فإنه إذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره . وقيل ولا يكره إذا فعله ليستفيد به نظم القوافى ويصير فصيح اللسان . وقيل ولا يكره لاسماع الناس إذا كان فى العرس والوليمة ، وإن كان فيه نوع لهو بالنص فى العرس . فالجواب أن فى التغنى لإسماع نفسه ولدفع الوحشة خلافا بين المشايخ . منهم من قال : لا يكره ، إنما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى ، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسى رحمه الله . ومن المشايخ من كره جميع ذلك ، وبه أخذ شيخ الإسلام ، ويحمل حديث البراء بن مالك أنه كان ينشد الأشعار المباحة التى فيها ذكر الحكم والمواعظ ، فإن لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره . قال صلى الله عليه وسلم « من لم يتغن بالقرآن فليس منا » وإنشاد المباح من الأشعار لا بأس به . ومن المباح أن يكون فيه

والمراد به كل من أدمن على شرب شىء من الأشربة المحرمة خمرا كانت أو غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف . وشرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس ، فإن المتهم بشرب الخمر فى بيته مقبول الشهادة وإن كان كبيرة (ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلة لا يؤمن بها على الإقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة) ثم هو مصر على نوع لعب (ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير طيره) وذلك فسق . فأما إذا كان يستأنس بالحمام فى بيته فهو عدل مقبول الشهادة ، إلا إذا خرجت من البيت فإنها تأتى بحمامات غيره فتفرخ فى بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلا للحرام . وفى بعض النسخ : ولا من يلعب بالطنبور وهو المغنى فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغنى للناس فإنه أعم من أن يكون معه آلة لهو أو لا ، وإنما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق ، وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لإزالة وحشته لا بأس به عند عامة المشايخ ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى ، واختاره المصنف ، وعلل بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة . وأصل ذلك ما روى عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضى الله عنهم . ومن المشايخ من كره جميع ذلك ، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده ، وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التى فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك .

أقول : فيه بحث ، لأن الظاهر من تعليل المصنف بقوله لأنه ارتكب محرم دينه ، وقوله ولا من يأتى بابا من الكبائر الخ أن مراده غير الخمر ، وأما فى الخمر فلا يشترط ماذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل فإن الكلام مجالا واسعا (قوله وهو مستغنى عنه الخ) أقول : فيه بحث لأن كثيرا من الناس يلعب بالطنبور ولا يغنى . قال ابن قداحة ، المغنى فى الملاهى نوعان : محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالطنبور والعود والمعزفة لما روى أبو أمامة أنه صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تعالى بعثنى رحمة للعالمين ، وأمرنى بمحق المعازف والمزامير لأنه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى » . والنوع الثانى مباح وهو الدف فى النكاح ، وفى معناه ما كان من حادث سرور ويكره (قوله وإنما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ) أقول : لانفهام حكم الرجال تبعا على عكس ما هو الأصل ، وفيه بحث (قوله لأنها كانت على الإطلاق) أقول : فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلل بأنه يجمع الناس الخ) أقول : فيه بحث ، فإن ذلك التعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الإسلام فإن اجتماعهم للاسماع ، وأن يكون الاسماع كذلك وذلك بكون المسموع كبيرة .

صفة امرأة مرسلة ، بخلاف ما إذا كانت بعينها حية ، وإذا كان كذلك فجاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلا بتعميم المنع كشيخ الإسلام رحمه الله ، إلا أنا عرفنا من هذا أن التغنى المحرم هوما كان فى اللفظ مالا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها والدويرات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمى إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته . ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف فى كتاب الحج من إنشاد أبى هريرة رضى الله عنه وهو محرم :

قامت تريك رهبة أن تهضما ساقا بخنداة وكعبا أدرما

وإنشاد ابن عباس رضى الله عنهما * إن يصدق الطير ننك لميسا * لأن المرأة فيهما ليست معينة ، فلولا أن إنشاد مافيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة ، ومما يقطع به فى هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم :

وما سعاد غداة البين إذ رحلوا إلا أغنّ غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذى ظلم إذا ابتسمت كأنه منهل بالراح معلول

وكثير فى شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبىّ صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره فى قصيدته التى أولها :

تبلت فؤادك فى المنام خريدة تسقى الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز :

سقاها بغابات خليج كأنه إذا صافحته راحة الريح مبرد

يعنى سقى تلك الرياض ، وقوله :

وترى الرياح إذا مسحن غديره صقلنه ونفين كل قذاة

ما إن يزال عليه ظبى كارعا كتطلع الحسناء فى المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا : نعم إذا قيل ذلك على الملاهى امتنع وإن كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغنى والله أعلم . وفى المغنى : الرجل الصالح إذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته . وفى مغنى ابن قدامة : الملاهى نوعان : محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه ، لما روى أبو أمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إن الله تعالى بعثنى رحمة للعالمين ، وأمرنى بمحق المعازف والمزامير » . والنوع الثانى مباح وهو الدفّ فى النكاح ، وفى معناه ما كان من حادث سرور . ويكره غيره لما عن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا سمع صوت الدفّ بعث ينظر ، فإن كان فى وليمة سكت ، وإن كان فى غيره عمد بالدرة . وفى الأجناس سئل محمد بن شجاع عن الذى يترنم مع نفسه ، قال : لا يقدح فى شهادته : وأما القراءة بالألحان فأباحها قوم وحظرها قوم . والمختار إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فمباح ، وإلا فغير مباح ، كذا ذكر . وقد قدمنا فى باب الأذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل . ونقلنا هناك عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع : ما اسمك ؟ قال محمد ، فقال : أيعجبك

أن يقال لك ياموحامد ؟ هذا وأما النائحة فظاهر أنها أيضا فى العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة ، فأما إذا ناحت لنفسها فصرح فى الذخيرة قال : لم يرد النائحة التى تنوح فى مصيبتها بل التى تنوح فى مصيبة غيرها ، اتخذت ذلك مكسبة لأنها ارتكبت معصية وهى الغناء لأجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لأجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والنوح فى مدة طويلة ، ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت ، لكن بعض متأخرى الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا . قال صلى الله عليه وسلم « لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة » وقال عليه الصلاة والسلام « ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية » وهما فى صحيح البخارى ، ولا شك أن النياحة ولو فى مصيبة نفسها معصية ، لكن الكلام فى أن القاضى لايقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج إلى الشهرة ليصل إلى القاضى فإنما قيد بكونها للناس لهذا المعنى ، وإلا فهو يرد عليه مثله فى قوله : ولا مدمن الشرب على اللهو . يريد شرب الأشربة المحرّمة خمرا أو غيره . ولفظ محمد رحمه الله فى الأصل : ولا ولا شهادة مدمن خمر ، ولا شهادة مدمن السكر . يريد من الأشربة المحرمة التى ليست خمرا ، فقال هذا الشارح يشترط الإدمان فى الخمر ، وهذه الأشربة : يعنى الأشربة المحرّمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الإدمان ، ولهذا لم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الإدمان ، لكن نص عليه فى الأصل كما سمعت فما هو جوابه ؟ هو الجواب فى تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ، ثم هو نقل كلام المشايخ فى توجيه اشتراط الإدمان أنه إنما شرط ليظهر عند الناس ، فإن من شربها سرّا لاتسقط عدالته ولم يقتصر فيه بكلمة واحدة ، فكذا التى ناحت فى بيتها لمصيبتها لاتسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس ، وانظر إلى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الإدمان بأنه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا إدمان ، فإنما أراد أنه إذا أدمن حينئذ يظهر أنه مرتكب محرم دينه فترد شهادته ، بخلاف التى استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذى يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان فى ردّ شهادته ، وصرح بأن الذى يتهم بشرب الخمر لاتسقط عدالته . ومنهم من فسر الإدمان بنيته وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى ، وهذا هو معنى الإصرار ، وأنت تعلم أنه سيذكر ردّ شهادة من يأتى بابا من أبواب الكبائر التى يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غيره توقف على نية أن يشرب ، ولأن النية أمر مبطن لايظهر للناس ، والمداراة التى يتعلق بوجودها حكم القاضى لابد أن تكون ظاهرة لاخفية لأنها معرفة والخفى لايعرف والظهور بالإدمان الظاهر . نعم بالإدمان الظاهر يعرف إصراره ، لكن بطلان العدالة لايتوقف فى الكبائر على الإصرار ، بل أن يأتيها ويعلم ذلك ، وإنما ذلك فى الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك . وأما من يلعب بالطيور فلأنه يورث غفلة ، وهذا كأنه بالخاصية المعروفة بالاستقراء . وترد شهادة المغفل لعدم الأمن من زيادته ونقصه ، ولأنه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره ، وهذا يقتضى منع صعود السطح مطلقا إلا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فإن الداعية إلى الشىء كالحرب فى اقتضاء المواظبة عليه كما فى لعب الشطرنج ، فإنه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى أنهم ربما يستغرقون النهار والليل لايسألون عن أكل ولا شرب ، وهذا من أظهر وجه على أنه من دواعى الشيطان . والأوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب فى الغالب اجتماعا مع أناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة . هذا وفى تفسير الكبائر كلام ، فقيل : هى

(ولا من يأتى بابا من الكبائر التى يتعلق بها الحد) للفسق . قال (ولا من يدخل الحمام من غير مئزر) لأن كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) . لأن كل ذلك من الكبائر ، وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما ، فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة ،

السبع التى ذكرت فى الحديث ، وهى الإشراك بالله ، والفرار من الزحف ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس بغير حق ، وبهت المؤمن ، والزنا ، وشرب الخمر ، وزاد بعضهم : أكل الربا ، وأكل مال اليتيم . وفى البخارى عنه عليه الصلاة والسلام « اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا : يارسول الله وما هن ؟ فذكرها وفيها السحر ، وأكل الربا وأكل مال اليتيم » وفيه عنه عليه الصلاة والسلام « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قالوا : بلى يارسول الله ، قال الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، وكان متكئا فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور ، فما زال يكررها » الحديث . وقد عدّ أيضا منها السرقة ، وورد فى الحديث « من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر » وقيل الكبيرة مافيه حدّ ، وقيل ماثبتت حرمته بنص القرآن ، وقيل ماكان حراما لعينه . . ونقل عن خواهرزاده أنها ماكان حراما محضا مسمى فى الشرع فاحشة كاللواطة أولم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع ، أمافى الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق ، أو الوعيد بالنار فى الآخرة كأكل مال اليتيم ، ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ماثبت بنص قاطع ، إلا إذا داوم على ذلك فإن العدالة تزول بالإصرار على الصغائر فهذا أولى ، وهذا يخالف ماتقدم من عد شرب الخمر من الكبائر فى نفس الحديث ، وذكره الأصحاب . وفى الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة مافيه حد بنص الكتاب قال : وأصحابنا لم يأخذوا بذلك ، وإنما بنوا على ثلاثة معان : أحدها ماكان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى . والثانى أن يكون فيه منابذة للمروءة والكرم ، وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة . والثالث أن يصرّ على المعاصى والفجور . ولا يخفى ما فى هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا . وفى الفتاوى الصغرى : العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته . وفى الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ، ونقله عن أدب القاضى لعصام وعليه المعوّل ، غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور ، فلهذا شرط فى شرب الخمر والسكر الإدمان ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة على الشرب وإن لم يشرب ، لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته . وفى الذخيرة والمحيط : وكذا الإعانة على المعاصى ، والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام) وفى الذخيرة إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك . وأما ما ذكر الكرخى أن من مشى فى الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لأنه يخل بالمروءة (قوله أو يأكل الربا ، إلى قوله :

قال (ولا من يأتى بابا من الكبائر الخ) من أتى بشىء من الكبائر التى يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته . وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أو قتل . وقال أهل الحجاز وأهل الحديث : هى السبع التى ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المعروف وهى : الإشراك بالله ، والفرار من الزحف ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس بغير حق ، وبهت المؤمن ، والزنا ، وشرب الخمر . وقال بعضهم : ماكان حراما لعينه فهو كبيرة (ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة ، ولا من يلعب بالنرد أو الشطرنج) إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة : القمار ، أو تفويت الصلاة بالاشتغال به أو إكثار الأيمان الكاذبة لأن هذه الأشياء

لأن للاجتهاد فيه مساغا . وشرط فى الأصل أن يكون آكل الربا مشهورا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا .

ولا من يفعل الأفعال المستحقرة) أما أكل الربا فكثير أطلقوه ، وقيده فى الأصل بأن يكون مشهورا به فقيل لأن مطلقه لو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لأن العقود الفاسدة كلها فى معنى الربا وقلّ من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه . وقيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا فى كونه كبيرة . والمانع فى الحقيقة هو ما يكون دليلا على إمكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لابد من كونه كذلك ، بخلاف أكل مال اليتيم حيث تردّ شهادته بمرة . وقيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به ، وهذا أقرب ومرجعه إلى ماذكر فى وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان . وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه ، والدالّ على تجويز شهادة الزور منه يكفى كونه مرتكبا محظور دينه ؛ ألا ترى إلى ماقال أبو يوسف إذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ماتقدم ثم لم يرتض ذلك لأنه مخالف لنص الكتاب ، قوله تعالى ـ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ـ وأما الأول فالربا لم يختص بعقد على الأموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة ، بل أكثر ماكانوا عليه ، ونزلت آية الربا بسبب إقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو إلى أجل ، فإن لم يقضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية ، وهذا هو المتداول فى غالب الأزمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لايتفق ذلك أصلا أو إلا قليلا . وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا أنه بمرة ، وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضى ، لأن الكلام فيما يرد به القاضى الشهادة فكأنه بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال . والحاصل أن الفسق فى نفس الأمر مانع شرعا ، غير أن القاضى لايرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء فى ذلك ولذا نقول : إذا علم أنه يلعب بالنرد ردّ شهادته سواء قامر به أو لم يقامر ، لما فى حديث أبى داود « من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله » ولعب الطاب فى بلادنا مثله لأنه يرمى ويطرح بلا حساب وإعمال فكر ، وكل ماكان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أو لا . فأما الشطرنج فقد اختلف فى إباحته ، فعندنا لايجوز ، وكذا عند الإمام أحمد لما رويناه ، فإنه قد قيل : إن النردشير هو الشطرنج ، ولما سيأتى فى باب الكراهة إن شاء الله تعالى مع قوله عليه الصلاة والسلام « كل لهو المؤمن باطل إلا ثلاثة : تأديبه لفرسه ، ومناضلته عن قوسه ، وملاعبته من أهله » ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام « ليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله » وعند الشافعى

من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأولان ، ولم يفرّق بين النرد والشطرنج فى شرط أحد الأمرين . وفرق فى الذخيرة ، وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة مجردا لقوله عليه الصلاة والسلام « ملعون من لعب بالنرد » والملعون لايكون عدلا ، ويجوز أن يكون إفراد قوله فأما مجرّد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة إشارة إلى ذلك (قوله لأن للاجتهاد فيه مساغا) قيل : لأن مالكا والشافعى يقولان بحلّ اللعب بالشطرنج ، وشرط أن يكون آكل الربا مشهورا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا ، فلو ردّت شهادته إذا ابتلى به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبا ، وهذا بخلاف أكل مال اليتيم فإنه يسقط العدالة .

(قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق) أقول : قال الكاكى فى معراج الدراية : واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع إذا كان مدمنا عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل اهـ . فى قول الأكل : إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة بحث

قال (ولا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق والأكل على الطريق) لأنه تارك للمروءة ، وإذا كان لايستحي عن مثل ذلك لايمتنع عن الكذب فيتهم

ومالك : يباح مع الكراهة إن تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجردا مساغ لم تسقط العدالة به . وأما ماذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشعبذة وهوالذى يسمى فى ديارنا دكاكا لأنه إما ساحر أوكذاب : أعنى الذى يأكل منها ويتخذها مكسبة ، فأما من علمها ولم يعملها فلا ، وصاحب السيميا على هذا (قوله ولا من يفعل الأفعال المستحقرة) وفى بعض النسخ المستقبحة ، وفى بعضها المستخفة وإن لم تكن فى نفسها محرمة . والمستخفة بفتح الخاء وكسرها : أى التى يستخف الناس فاعلها ، أو الخصلة التى تستخف الفاعل فيبدو منه مالا يليق ، وعلى هذا المعنى قوله تعالى ـ ولا يستخفنك الذين لايوقنون ـ وذلك (كالأكل على قارعة الطريق) يعنى بمرأى الناس ، والبول عليها ، ومثله الذى يكشف عورته ليستنجى من جانب بركة والناس حضور ، وقد كثر ذلك فى ديارنا من العامة وبعض من لايستحى من الطلبة ، والمشى بسراويل فقط ، ومدّ رجله عند الناس ، وكشف رأسه فى موضع يعدّ فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء ، لأن من يكون كذلك لايبعد منه أن يشهد بالزور . وفى الحديث عنه عليه الصلاة والسلام « إن مما أدرك الناس من كلام النبوّة الأولى إذا لم تستحِ فاصنع ماشئت » وعن الكرخى : لو أن شيخا صارع الأحداث فى الجامع لم تقبل شهادته لأنه سخف . وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذى يسمى فى عرف ديار مصر قنواتى والزبال والحائك والحجام فقيل لاتقبل ، وبه قال الشافعى وأحمد ، ووجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ، ورأيت أكثر مخلف للوعد السمكرى . والأصح تقبل لأنها قد تولاها قوم صالحون ، فما لم يعلم القادح لايبنى على ظاهر الصناعة ، ومثله النخاسون والدلالون فإنهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع خلفهم فلايقبل إلا من علم عدالته منهم . وقيل لاتقبل شهادة بائع الأكفان . قال شمس الأئمة : هذا إذا ترصد لذلك العمل ، فأما إذا كان يبيع الثياب ويشترى منه الأكفان فتقبل لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون . وقيل لاتقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أوباع أو أجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ، ولا فرق فى الكذب بين القول والكتابة . والصحيح تقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح ، فإنهم غالبا

وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى (ولا من يفعل الأفعال المستحقرة) وفى نسخة المحتقرة ، وفى أخرى المستقبحة ، وفى أخرى المستخفة ، وفى أخرى المسخفة كلها على اسم المفعول سوى المسخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة إلى السخف : رقة العقل ، من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل ، وصحح صاحب المغرب هذه الأخيرة (كالبول والأكل على الطريق لأن فيه ترك المروءة ، وإذا كان لايستحيى من مثل ذلك) فالظاهر أنه (لايمتنع عن الكذب) فكان متهما

(قوله سوى المسخفة الخ) أقول : أى الأفعال التى تكون سببا لنسبة صاحبها إلى السخف ورقة العقل . ثم أقول : يمكن أن يكون المسخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالمسندة بفتح النون من السخف والسين حينئذ تكون أصلية ، وأما المستخفة بالتشديد على صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسين فيها زائدة (قال المصنف : وإذا كان لايستحى عن مثل ذلك لايمتنع عن الكذب) أقول : قال العلامة الكاكى : وفى المحيط لاتقبل شهادة النخاسين والدلالين لأنهم يكذبون كثيرا ، فأما من كان عدلا منهم تقبل شهادتهم اهـ . وفيه لا تقبل شهادة الطفيلى والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف . وفى مناقب أبى حنيفة رحمه الله : لا تقبل شهادة البخيل . وقال مالك : إن أفرط فى البخل لاتقبل . قال الزيلعى : وفى النهاية شهادة البخيل لا تقبل ، فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والأقارب اهـ .

(ولا تقبل شهادة من يظهر سبّ السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية)

إنما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة إذا صدر المعنى بعدها . وردّ بعض العلماء شهادة القروى والأعرابى ، وعامة العلماء تقبل إلا بمانع غيره . ولا تقبل شهادة الطفيلى والرقاص والمجازف فى كلامه والمسخرة بلا خلاف . وفى الحديث « ويل للذى يحدّث ويكذب كى يضحك منه الناس ، ويل له ويل له » وقال نصير بن يحيى : من يشتم أهله ومماليكه كثيرا فى كل ساعة لاتقبل وإن كان أحيانا تقبل ، وكذا الشتام للحيوان كدابته ، وأما فى ديارنا فكثيرا يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك ، ولا من يحلف فى كلامه كثيرا ونحوه . وحكى أن الفضل بن الربيع شهد عند أبى يوسف فردّ شهادته فشكاه إلى الخليفة ، فقال الخليفة : إن وزيرى رجل دين لايشهد بالزور فلم رددت شهادته ؟ قال : لأنى سمعته يوما قال للخليفة : أنا عبدك ، فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد ، وإن كان كاذبا فكذلك ، فعذره الخليفة . والذى عندى أن ردّ أبى يوسف شهادته ليس لكذبه ، لأن قول الحرّ لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك ، وكونى تحت أمرك ممتثلا له على إهانة نفسى فى ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ، ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز فى القرآن ، ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من إذلال نفسه وتملقه لأجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام إذا قيل للخليفة فعدل إلى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره . والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعدالة . وقيل فى تعريف المروءة أن لايأتى الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل . وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنىء . والسخف : رقة العقل من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل . وعن أبى حنيفة لاتقبل شهادة البخيل . وقال مالك : إن أفرط لأنه يؤديه إلى منع الحقوق (قوله ولا من يظهر سبّ السلف) كالصحابة والتابعين ، ومنهم أبوحنيفة رحمه الله ، وكذا العلماء . ونص أبو يوسف على عدم قبوله ، قال : لأنه إذا أظهر سبّ واحد من المسلمين تسقط عدالته ، فإذا أظهر فى واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا ، وقيد بالإظهار لأنه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ، ولذا قال أبويوسف من رواية ابن سماعة : لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأقبل شهادة من يتبرأ منهم ، لأن إظهار الشتيمة مجونة وسفه ولا يأتى به إلا الأوضاع والأسقاط ، وشهادة السخيف لاتقبل ، ولا كذلك المتبرئ لأنه يعتقده دينا مرضيا عند الله وإن كان على باطل . فالحاصل أنه من أهل الأهواء وشهادة أهل الأهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الأهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج .

(ولا تقبل شهادة من يظهر سبّ السلف) وهم الصحابة والتابعون منهم أبوحنيفة (لظهور فسقه) وقيد بالإظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل . روى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال : لا أقبل شهادة من سبّ أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأقبل شهادة من يبرأ منهم . وفرّقوا بأن إظهار سبه لايأتى به إلا الأسقاط السخفة ، وشهادة السخيف لاتقبل ، ولا كذلك المتبرئ لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية) منهم ، والهوى ميلان النفس إلى مايستلذّ به من الشهوات ، وإنما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض ، فإن أصول الأهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ، ثم كل واحد منهم يفترق اثنتى عشرة فرقة .

وقال الشافعى رحمه الله: لاتقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق . ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك ، بخلاف الفسق من حيث التعاطى . أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم . وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة فى شهادتهم . قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم .

وسائر هم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة ، إلا الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب ، لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم ، وهوالذى ذكره المصنف ، فنع قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للأمر الأول . ومانقله المصنف عن الشافعى هو قول مالك وأبى حامد من الشافعية . وأما قول الشافعى فكقولنا بلا اختلاف . وجه قول مالك ماذكر أن البدعة فى الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية . ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى أنه ربما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به . وأما الآية فإنها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الإسلام ، فكان المراد منها الفسق الفعلى ، ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج إذا اعتقدوا ولم يقاتلوا ، فإذا قاتلوا ردت شهادتهم لإظهار الفسق بالفعل.. والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول رواياتهم للحديث . وفى صحيح البخارى كثير منهم مع اعتماده الغلو فى الصحة مع أن قبول الرواية أيضا مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى ، وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم . والخطابية نسبة إلى أبى الخطاب وهو محمد بن أبى وهب الأجدع ، وقيل محمد بن أبى زينب الأسدى الأجدع . وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن على بن عبدالله بن عباس وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناسة (قوله وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) قيد بها لتخرج شهادتهم على المسلم ويدخل فى اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة أخرى وقد نص عليه بقوله وإن اختلفت مللهم احترز به عن قول ابن أبى ليلى وأبى عبيد إنها لاتقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودى على النصرانى وعكسه

(وقال الشافعى رحمه الله : لاتقبل شهادتهم لأنه أغلظ وجوه الفسق) إذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطى (ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد) وما هو كذلك فهو تدين لاترك تدين، والمانع من القبول ترك مايكون دينا فصار كحنفى شرب المثلث أوشافعى أكل متروك التسمية عامدا معتقدا إباحته فإنه لايصير به مردود الشهادة. والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون إلى أبى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لأنه كان يزعم أن عليا الإله الأكبر وجعفرا الصادق الإله الأصغر . وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيئا على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك ، وقيل للكل من حلف عندهم ترد شهادتهم لأنهم كافرون إن كانوا كما قيل أولا ، ولتمكن التهمة فى شهادتهم إن كانوا كما قيل ثانيا أو ثالثا . قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الخ) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وإن اختلفت مللهم كاليهودى مع النصرانى . وقال ابن أبى ليلى : إن اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها » والجواب أنه مخالف لقوله تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(قال المصنف : وقال الشافعى : لاتقبل لأنه أغلظ من وجوه الفسق) أقول : عدم قبول شهادة أهل الأهواء مذهب مالك وأبى حامد من الشافعية ، وأما قول الشافعى فقولنا بلا اختلاف .

(وقال مالك والشافعى رحمهما الله: لاتقبل لأنه فاسق ،قال الله تعالى ـ والكافرون هم الظالمون ـ فيجب التوقف فى خبره ، ولهذا لاتقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد . ولنا ماروى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ،ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه ،

(وقال مالك والشافعى رحمهما الله : لا تقبل أصلا لأنه فاسق ، قال تعالى ـ والكافرون هم الظالمون ـ) ووقع فى كثير من نسخ الهداية : والكافرون هم الفاسقون . وفى النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخى قال تعالى للكافرين : هم الفاسقون إذ الذى فى القرآن ـ والكافرون هم الظالمون ـ (فيجب التوقف فى خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتدّ) بذلك الجامع ، ولقوله تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وقال ـ ممن ترضون من الشهداء ـ والكافر ليس ذا عدل ولا مرضيا ولا منا ، ولأنا لو قبلنا شهادتهم لأوجبنا القضاء على القاضى بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شىء بقولهم . قال المصنف (ولنا ماروى وأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) قال الإمام : المخرج غريب وغير مطابق للمدعى ، وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم ، ولوقال أهل الكتاب عوض النصارى وافق ، وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبى عن جابر بن عبد الله وأن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ، ومجالد فيه مقال . ثم قال شيخنا علاء الدين : ويوجد فى بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى ، وذكر مارواه أبو داود بهذا الإسناد ، جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ائتونى بأعلم رجلين منكم ، فأتوه بابنى صوريا ، فنشدهما الله كيف تجدان أمر هذين فى التوراة ؟ قالا : نجد فيها إذا

والمراد به الولاية دون الموالاة فإنه معطوف على قوله ـ مالكم من ولايتهم من شىء ـ والعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى (وقال مالك والشافعى : لاتقبل لأنه فاسق ، قال الله تعالى ـ والكافرون هم الظالمون ـ) والظالم فاسق (فيجب التوقف فى خبره) لقوله تعالى ـ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ـ وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه (ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولأن الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين . فإن قيل : المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمى فبطل القياس . فالجواب أن القياس فى الذمى كذلك ، لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على

(قوله فإنه معطوف على قوله ـ مالكم من ولايتهم من شىء ـ الآية) أقول : هذه الآية فى سورة الأنفال (قوله فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى) أقول: وللخصم أن يقول : القرآن فى النظم لايوجب القرآن فى الحكم ،وقد ورد نص على عدم القبول فليتأمل. ثم لو صح ماذكر لجاز شهادة المستأمن على الذمى وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى.(قال المصنف: قال الله تعالى ـ والكافرون هم الفاسقون) أقول : هذا معنى القرآن لأن القرآن والكافرون هم الظالمون ـ (قوله أجاز شهادة النصرانى) أقول : الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولأن الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول؛ قال فى النهاية : المسلم إذا خطب إلى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول : لأن الشهادة من باب الولاية (قوله فالجواب أن القياس فى الذمى الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية للذمى على المسلم فكيف يكون القياس فى الذمى كذلك ، ثم لو نقض بشهادة المستأمنين المختلفين دار حيث لاتقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يتمشى هذا الجواب ، إذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف .

والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه، والكذب محظور الأديان ، بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له ، وبخلاف شهادة الذمى على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ، ولأنه يتقوّل عليه لأنه يغيظه قهره إياه، وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقوّل .

شهد أربعة منكم أنهم إذا رأو اذكره فى فرجها كالميل فى المكحلة رجما ، قال : فما يمنعكما أن ترجموهما ؟ قالا : ذهب سلطاننا فكرهنا القتل ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره فى فرجها كالميل فى المكحلة ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما » قال : هكذا وجدته فى نسخة علاء الدين بده ، وهو تصحيف ، وإنما هو فدعا بالشهود بخط كشفته من نحو عشرين نسخة ، وكذا رواه إسحاق بن راهويه وأبويعلى الموصلى والبزار فى مسانيدهم والدارقطنى كلهم قالوا : فدعا بالشهود . قال فى التنقيح : قوله فى الحديث « فدعا بالشهود فشهدوا » زيادة فى الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرده به انتهى كلامه . لكن الطحاوى أسنده إلى عامر الشعبى عن جابر ، وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال « ائتونى بأربعة منكم يشهدون » ثم قول القائل لا يقبل

المؤمنين سبيلا ـ واعترض بأن الله تعالى قال ـ ممن ترضون من الشهداء ـ والكافر ليس بمرضىّ . والجواب أنه ليس بمرضىّ بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقا . والأول مسلم وليست بمقبولة . والثانى ممنوع إذ ليس مايمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض (قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لأنه فاسق . وتقريره : الفسق مانع من حيث تعاطى محرم الدين أو من حيث الاعتقاد . والثانى ممنوع والأول مسلم ، لكن فسق الكفر ليس من بابه فإن الكافر يجتنب محرم دينه . واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذى هو من باب شهادة الزور ، وهم ارتكبوا الكذب بإنكار الآيات مع علمهم بحقيقتها ، قال الله تعالى ـ وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوّا ـ وأجيب بأن المراد به الإخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان بعثه ونبوّته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ماهم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظور إذ هو محظور الأديان كلها . وقوله (بخلاف المرتد) جواب عن قوله فصار كالمرتد فإنه لاولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهى ركن الدليل . وقوله (وبخلاف شهادة الذمى على المسلم) جواب عن قوله ولهذا لاتقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمى على المسلم لوجودها كما ذكرتم . ووجهه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة ، وهو كما ترى منع لوجود الملزوم ، وقد مرلنا جواب آخر عن هذا السؤال ، ولأنه يتقوّل عليه جواب آخر . وتقريره : سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم إياه فإنه يحمله على التقول عليه ، بخلاف ملل الكفر فإنها وإن اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض فى دار الإسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول .

(قوله والجواب أنه ليس بمرضى) أقول : لا يخفى عليك أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة ، وإلا فليس واحد من الخصوم راضيا الشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أمواله ، فالأولى أن يجاب بما فى سائر الشروح مع أنه مرضى من حيث المعاملات ، والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم على أن الحق ماهم عليه) أقول : قوله ومن بعدهم مبتدأ ، وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقى هاهنا بحث فليتأمل (قوله منع لوجود الملزوم) أقول : يعنى منع لوجود الولاية (قوله وقد مر لنا الخ) أقول : مر آنفا (قال المصنف لأنه يغيظه) أقول : قال الكاكى : أى المسلم ، وفى النهاية الشأن : أى الشأن هو أن يسخط الذى قهره إياه .

قال (ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى) أراد به والله أعلم المستأمن لأنه لاولاية له عليه لأن الذمى من أهل دارنا

ماتفرد به مجالد يجرى فيه ماذكرنا من أن الراوى المضعف إذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ، ولا شك أن رجمه عليه الصلاة والسلام كان بناء على ماسأل من حكم التوراة فيهما . وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة إذ هو يوافق ما أنزل إليه ، فلا بد من كونه بنى على شهادة أربعة فى نفس الأمر منهم وإن لم يذكر فى الرواية المشهورة ، لأن القصة كانت فيما بين يهود فى محالهم وأماكنهم ، فهذه دلالة على أن مجالدا لم يغلط فى هذه الزيادة . وأنت علمت فى مسئلة أهل الأهواء أن مراد الآية فسق الأفعال لأنه الذى يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد ، إلا أن شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ فبقيت على بعضهم بعضا . ثم استدل بالمعنى وهو أن الذمى من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه ، بخلاف المرتد المقيس عليه إذ لاولاية له أصلا فلا شهادة له ، ولأنه يتقوّل على المسلم لغيظه بقهره فكان متهما فيه . بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى . لأنه وإن عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه . ولا يخفى مافيه إذ مجرد العداوة مانع من القبول كما فى مسلم يعادى مسلما ثم يشيد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد . رواه الدارقطنى وابن عدى من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاتجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فإنها تجوز على ملة غيرهم » وأيضا فقول الراوى أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ، ويحتمل أنه حكاية تشريع قولى فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا نحكم بأحدهما عينا ، غير أن فى هذه خلافا فى الأصول ، ورجح الثانى وهو مسئلة قول الراوى « قضى بالشفعة للجار » (قوله ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى) أراد به المستأمن لأنه لايتصوّر

قال (ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى الخ) لا تقبل شهادة الحربى على الذمى . قال المصنف (أراد بالحربى المستأمن) وإنما قال ذلك لأن شهادة الحربى الذى لم يستأمن على الذمى غير متصورة لأنها تكون فى مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر فى دار الإسلام . لايقال : يجوز أن يدخل حربى دار الإسلام بلا استئمان فيحضر مجالس القضاء لأنه مأخوذ قهرا فيصير عبدا ، ولا شهادة للعبد لأحد ولا عليه ، وإنما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمى لأنه لاولاية له على الذمى لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب ، واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية . وقد ذكرناه فى شرح رسالتنا فى الفرائض ، وعلى هذا قوله وهو أعلى حالا منه : أى أقرب إلى الإسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمى دون المستأمن استظهارا على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمى وتقبل شهادة الذمى عليه لأنه لكونه أعلى حالا أقرب إلى الإسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمى والمستأمن ، وفيه نظر لأن اختلاف الدارين حكما علة مستقلة فى انقطاع

(قوله لأنه مأخوذ قهرا) أقول : جواب لقوله لايقال يجوز الخ (قال المصنف : لأن الذمى من أهل دارنا) أقول : قال الكاكى : وإنما لايجرى التوارث بين الذمى والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الإرث والمال انتهى . فلم لا يقال مثل هذا فى المستأمنين من دارين مختلفين (قوله لأنه لاولاية له على الذمى) أقول : لم لايكفى كونه من أهل الولاية مطلقا على ماذكره فى الذمى والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم (قوله وتقبل شهادة الذمى عليه) أقول : لايستفاد من هذا التقرير ما أراده ، بل مفاده أن يكون علة كانقطاع الولاية لعدم قبول الشهادة المستأمن على الذمى (قوله وفيه نظر لأن اختلاف الدارين الخ)

وهو أعلى حالا منه ، وتقبل شهادة الذمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمى (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة ، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لاتقبل) لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث ، بخلاف الذمى لأنه من أهل دارنا ، ولا كذلك المستأمن (وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألمّ بمعصية) هذا هو الصحيح فى حدّ العدالة المعتبرة ، إذ لابد من توقى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا ،

غيره ، فإن الحربى لودخل بلا أمان قهرا استرقّ ، ولا شهادة للعبد على أحد ، وذلك لأن الذمى أعلى من المستأمن لأنه قبل خلف الإسلام وهوالجزية فهو أقرب إلى الإسلام منه ، ولهذا يقتل المسلم بالذمى عندنا لا بالمستأمن ، وقوله بخلاف الذمى متصل بقوله فإن كانوا من دارين : يعنى تقبل شهادة الذمى على المستأمن وإن كانوا من أهل دارين مختلفين لأن الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى ، وإنما لايجرى التوارث بين الذمى والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الإرث والمال (قوله وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته) هذا هو معنى المروى عن أبى يوسف فى حد العدالة وهو أحسن ماقيل ، وفيه قصور حيث لم يتعرض لأمر

الولاية بين الحربيين إذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين ففهم ذلك إليه للعناية فى بعض الصور دون بعض الحكم ، والأول هو الظاهر . فإن قلت : أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذمى على المستأمن لاجزءا لعلة انقطاع الولاية . قلت : بلى لكن تركيب كلامه لايساعده فتأمل . وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمى على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لايلزم ذلك . قال (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض الخ) المستأمنون فى دارنا لايخلو إما أن يكونوا من دار واحدة أو لا ، فإن كان الأول قبلت شهادة بعضهم على بعض ، وإن كان الثانى كالترك والروم لم تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله بخلاف الذمى) جواب عما يقال اختلاف الدارين لوقطع الولاية لما قبلت شهادة الذمى على المستأمن لوجوده لكنها قبلت . ووجهه أن يقال الذمى من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها ، فكان الواجب قبول شهادة الذمى على المستأمن لوجوده لكنها قبلت . ووجهه أن يقال الذمى من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمى على المسلم كعكسه ، لكن تركنا بالنص كما مر ، ولا نص فى المستأمن فتقبل شهادة الذمى عليه ، ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من أهل دارنا ، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لأنهم من دارنا فهى تجمعهم ، بخلاف المستأمنين . قال (وإن كانت الحسنات أكثر من السيئات الخ) وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات وذلك بعد أن يكون مما لايترك الفرض ويجتنب الكبائر والإصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب أحواله فى تعاطى الصغائر ،

أقول : لم لايجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع انتفاء كون أحدهما أعلى حالا من الآخر : أعنى تساويهما فى الحال (قوله فإن قلت : أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول : لم لايجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستأمن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول : أنت خبير بأنه مخالف لقوله تعالى ـ مالكم من ولايتهم من شىء ـ وأيضا مخالف لما نص عليه المصنف آنفا من سلب ولاية الذمى بالإضافة إلى المسلم ، فهذا شرح الكلام بما لايرضى صاحبه ، فالأولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا (قال المصنف : إذ لابد من توقى الكبائر كلها) أقول : وفيه بحث ، ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سرا وهو قول آخر من أصحابنا فى البدائع . ومن أصحابنا من قال : إذا كان الرجل صالحا فى أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا شىء من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهى يكون عدلا ، وعامة مشايخنا على أنه لايكون عدلا لأن شرب الخمر يكون كبيرة محضة وإن كانت للتداوى انتهى . ولعل هذا الأخير هو الأولى ، ويفهم ذلك من قوله هذا هو الصحيح فى حد العدالة انتهى فليتأمل .

فأما الإلمام بمعصية لاتنقدح بهالعدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لأن فى اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق . قال(وتقبل شهادة الأقلف) لأنه لايخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافا بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلا ،

المروءة بل اقتصر على مايتعلق بالمعاصى . والمروى عن أبى يوسف هو قوله أن لايأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة . هكذا نقله عنه القاضى أبوحازم حين سأله عبيدالله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال : أحسن مانقل فى هذا الباب ما روى عن أبى يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى القاضى ، ثم ذكر ذلك ، وكان يكنيه إلى قوله ومروءة ظاهرة . وقول المصنف (فأما الالمام بمعصية فلا تنقدح بهالعدالة) يريد الصغيرة ، ولفظ الإلمام وألم قد اشتهر فى الصغيرة . ومنه قول ابن خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة :

إن تغفر اللهم تغفر جما   وأى عبــد لك لا ألما

هكذا أورده العتبى عنه بسنده، ونسبه الخطابى إلى أمية ، ونسبه صاحب الذخيرة إياه إلى النبى صلى الله عليه وسلم غلط . ولا بأس بذكر أفراد نص عليها : منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه فى دين ولا حال وإن كان متأولا فى تركها كأن يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لاتسقط عدالته بالترك ، وكذا بترك الجمعة من غير عذر ، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى ، والأول أوجه . وذكر الاسبيجابى : من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر ، ولابد من كونه فى غير إرادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف ، وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الأمير عند قدومه. ورد شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه فى نفقة طريق مكة كأنه رأى منه تضييقا ومشاححة فشهد منه البخل . وذكر الخصاف أن ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة ، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لأنه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلايؤمن أن يكذب لأجل المال ، وترد شهادة من لم يحج إذا كان موسرا على قول من يراه على الفور ، وكذا من لم يؤد زكاته ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وكل من شهد على إقرار باطل وكذا على فعل باطل ، مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهودا . قال المشايخ : إن شهدوا حل لهم اللعن لأنه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والإجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم (قوله وتقبل شهادة الأقلف)

فإن كان إتيانه بما هو مأذون فى الشرع أغلب من إلمامه بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بإلمام الصغائر لئلا يفضى إلى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لإحيائها (وتقبل شهادة الأقلف وهو من لم يختن) لأن الختان سنة عند علمائنا ، وترك السنة لايخل بالعدالة إلا إذا تركها استخفافا بالدين فإنه لايبقى حينئذ عدلا بل مسلما ، وأبوحنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا ، إذ المقادير بالشرع ولم يرد فى ذلك نص ولا إجماع ، والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر ، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده ، لما روى أن الحسن والحسين

(قال المصنف : إلا إذا تركه) أقول : الختان المفهوم من الكلام .

(والخصى) لأن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ، ولأنه قطع عضو منه ظلما فصار كما إذا قطعت يده (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لايوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم . وقال مالك رحمه الله : لاتقبل فى الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كمثله فيهم . قلنا : العدل لايختار ذلك ولا يستحبه ، والكلام فى العدل . قال (وشهادة الخنثى جائزة) لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ ، لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم .

نص عليه الخصاف . قال : وتجوز صلاته وإمامته إلا إذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لاخوفا من الهلاك ، وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « الختان للرجال سنة ، وللنساء مكرمة » وما عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال «لاتقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته» إنما أراد به المجوسى ؛ ألا ترى إلى قوله « ولا تؤكل ذبيحته » (قوله والخصى إذا كان عدلا) لأنه لامانع لأن حاصل أمره مظلوم . نعم لوكان ارتضاء لنفسه وفعله مختارا منع . وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصى على قدامة بن مظعون ، رواه ابن أبى شيبة بسنده . ورواه أبونعيم فى الحلية : حدثنا إسماعيل بن مسلم عن أبى المتوكل أن الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر ، فقال عمر رضى الله عنه : هل معك شاهد آخر ؟ قال لا ، قال عمر : ياجارود ما أراك إلا مجاودا ، قال : يشرب ختنك الخمر وأجلد أنا ، فقال علقمة الخصى لعمر : أتجوز شهادة الخصى ؟ قال : وما بال الخصى لاتقبل شهادته ؟ قال : فإنى أشهد أنى رأيته يتقيؤها ، فقال عمر : ماقاءها حتى شربها ، فأقامه ثم جلده . وأخرجه عبد الرزاق مطولا (قوله وولد الزنا) أى تقبل شهادته فى الزنا وغيره ، إذ لاتزر وازرة وزر أخرى . وعن مالك رحمه الله : لاتقبل فى الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) إذا شهد مع رجل وامرأة ، فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لاتقبل ، إلا إذا زال الإشكال بظهور مايحكم به بأنه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال

رضى الله عنهما ختنا اليوم السابع أو بعد الرابع ، لكنه شاذ (و) تقبل شهادة (الخصى) وهو منزوع الخصية لأن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ، ولأنها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده (و) تقبل شهادة (ولد الزنا) لأن فسق الأبوين لايربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى (وقال مالك لاتقبل شهادته فى الزنا لأنه يحب أن يكون غيره كمثله) والكاف زائدة كما فى قوله تعالى - ليس كمثله شىء - فيهم : قلنا : الكلام فى العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لأنه غير مؤاخذ به مالم يتحدث به ، سلمناه لكن لانسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه (وتقبل شهادة الخنثى لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص) قال الله تعالى - واستشهدوا شهيدين من رجالكم - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط ، وينبغى أن لاتقبل شهادته فى الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة) قال فخر الإسلام : وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله فى الجامع الصغير أنه كان

(قوله سلمنا لكن لا نسلم أن العدل الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لاوجه لهذا الكلام بعد تسليم ماسلمه . والجواب أن المسلم هو عدم كون القلع مغيا بالتحدث : يعنى سلمنا أنه مؤاخذ قبل التحدث فيقدح بالعدالة ، إلا أن المؤاخذة فى إرادة ذلك واختياره لافى مجرد الحب الطبيعى ، ولا نسلم أن العدل يريد ذلك .

وقيل العامل إذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل شهادته كما مرّ عن أبى يوسف رحمه الله فى الفاسق ، لأنه لوجاهته لايقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لايستأجر على الشهادة الكاذبة . قال (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا ، وإن أنكر الوصى لم يجز) وفى

السلطان ، لأن العمل نفسه ليس بفسق لأنه معين للخليفة على إقامة الحق وجباية المال الواجب ، ولو كان فسقا لم يله أبو هريرة وأبو موسى الأشعرى لعمرو كثير ، وهذا أحسن مما قيل ، ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم لأن هؤلاء خلفاء والعمال فى العرف من يوليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه ، وكان الغالب فيهم العدالة فى ذلك الزمان فتقبل مالم يظهر ويتقشع عنه الظلم كالحجاج . وقيل أراد ما روى عن أبى يوسف فى الفاسق الوجيه وعامت مانيه ورد شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية . وقيل أراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل ، لأن من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فأفرد هذه المسئلة لإظهار مخالفتهم ، وكيف لا وكسبهم أطيب كسب ، وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لاتقبل ، وكذا الجابى والصراف الذى يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لاتقبل . ونقلنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلما ، فعلى هذا تقبل شهادته ، والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد . ومثله المعرّفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الأصناف وضمان الجهات فى بلادنا لأنهم كلهم أعوان على الظلم (قوله وإذا شهد الرجلان) صورتها : رجل ادعى أنه وصى فلان

يعنى أبا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه فى أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لأن نفس العمل ليس بفسق ، لأن أجلاء الصحابة رضى الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل مايقدح فى العدالة ، إلا إذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فإنه لاتقبل شهادتهم (قوله وقيل العامل إذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به إذا كان عونا له على الظلم فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ، ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبى يوسف فى الفاسق (لأنه لوجاهته لايقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لايستأجر على الشهادة الكاذبة) وقيل : أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم أو يؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال : لاتقبل شهادتهم ، فيكون إيراد هذه المسئلة ردا لقولهم لأن كسبهم أطيب الأكساب ، قال صلى الله عليه وسلم « أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده » فأنى يوجب جرحا ؟ قال (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان الخ) إذا شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى فلان أو شهد الموصى لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى إلى ثالث معهما فذلك خمس مسائل ، فلا يخلو إما أن يكون الموت معروفا والوصى راضيا أو لم يكن ، فإن كان الثانى لم يجز فى القياس والاستحسان إلا فى الرابعة فإن ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وإن كان الأول جاز استحسانا . وفى القياس لايجوز لأنها شهادة منهم

(قال المصنف : وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان) أقول : يقال أوصى إليه : أى جعله وصيا ، وأوصى له بكذا : أى جعله موصى له (قال المصنف : والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا) أقول : قوله والوصى يدعى : أى والوصى يرضى ، هكذا سنح للبال . ثم رأيت فى شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الأسود مانصه : والمراد من الدعوى فى قوله والوصى يدعى هو الرضا ، إذ الجواز لايتوقف على الدعوى بل القاضى أن ينصب وصيا إذا رضى هو به انتهى .

القياس : لايجوز وإن ادعى ، وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما . وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه . وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصىّ إذا كان طالبا والموت معروف ، فيكفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين لالأن يثبت بها شىء فصار كالقرعة والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما ، بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هى الموجبة ، وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقرّان على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما فى حقهما

الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا . والقياس أن لاتجوز ، لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد . أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم بإحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرءان بالدفع إليه والوصيان لوجود من يعينهما فى التصرف فى المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لاتقبل . وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضى شيئا لم يكن واجبا عليه ، بل إنما اعتبرناها على وزان القرعة لايثبت بها شىء . ويجوز استعمالها لفائدة غير الإثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب فى السفر بإحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضى فى تعيين الأنصباء ، فكذا هذه الشهادة فى هذه الصور لم تثبت شيئا ، وإنما اعتبرناها لفائدة إسقاط تعيين الوصىّ عن القاضى ، فإن للقاضى إذا ثبت الموت ولا وصىّ أن ينصب الوصى ، وكذا إذا كان للميت وصى وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فإن الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضى أو عليه أن ينصب وصيا ، فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالأهلية الصالحة لذلك ، فكفى القاضى بذلك مؤنة التفتيش على الصالح ، وعين هذا الرجل بتلك الولاية لابولاية أوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف إلا أن يكون هو معهما ، أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخله معهما فينصب القاضى الآخر ،

لعود المنفعة إليه بنصب من يقوم بإحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم . ووجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لأنها ما توجب على القاضى مالا يتمكن منه بدونها (وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصى إذا رضى الوصى والموت معروف حفظا لأموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل فى صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة فى كونها ليست بحجة بل هى دافعة مؤنة تعيين القاضى. فإن قيل ليس للقاضى نصب وصى ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له. أجاب بأن الوصيين إذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هاهنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالها به فكان كما تقدم بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت لأنه ليس له نصب ولاية الوصى إذ ذاك فكانت هى الموجبة إلا فى الغريمين له عليهما دين فإنها تقبل وإن لم يعرف الموت لأنهما يقرّان على أنفسهما بالمال فيثبت الموت

(قوله لأنه ليس له نصب ولاية الوصى) أقول : الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصى .

(وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أوأنكره لاتقبل شهادتهما) لأن القاضى لايملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لمكان التهمة

وفى الصوركلها ثبوت الموت شرط لأن القاضى لايملك نصب وصى قبل الموت إلا فى شهادة الغريمين المديونين فإنه لايشترط فى إثبات الوصى الذى شهدا له ثبوت الموت لأنهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما فى ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا ، وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهويدعى الوكالة لاتقبل لأنه ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب ، فلو أثبت القاضى وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهى لاتقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف . وإذا تحققت ما ذكر ظهر أن عدم قبول هذه الشهادة ثابت قياسا واستحسانا إذ ظهر أنه لم يثبت بها شىء وإنما ثبت عندهما نصب القاضى وصيا اختاروه ، وليس هنا موضع غير هذا يصرف إليه القياس والاستحسان ، ولو اعتبرا فى نفس إيصاء القاضى إليه فالقياس لايأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا . والمنقول عن أصحاب المذهب فى الجامع الصغير ليس إلا محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله فى شاهدين شهدا لرجل أن أباهما أوصى إليه قال : جائز إن ادعى ذلك ، وإن أنكر لم يجز ، وإن شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا فى ذلك كله لأن القاضى لايقدر على نصب وكيل عن الغائب ، فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهى ليست بموجبة .

[فروع] إذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكا لمودعهما تقبل ، ولو شهدا على إقرار مدعيها أنها ملك المودع لاتقبل إلا إذا كانا ردا الوديعة على المودع ، ولو شهد المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت ، ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لاتقبل ويضمنان قيمته للمدعى لإقرارهما بالغصب ، ولوشهدا على إقرار المدعى بكون الرهن ملك الراهن لاتقبل ، وإن كان الرهن هالكا إلا إذا شهدا بعد رد الرهن ، وإذا أنكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لاتقبل وضمنا قيمته للمدعى لما ذكرنا ، ولوشهد الغاصبان بالملك للمدعى لاتقبل إلا إذا كان بعد رد المغصوب ، ولو هلك فى يدهما ثم شهدا للمدعى لاتقبل، ولوشهد المستقرضان بأن الملك فى المستقرض للمدعى لاتقبل لا قبل الدفع ولا بعده ،ولو رد عينه، وعن أبى يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء إذا شهد المشتريان شراء فاسدا بأن المشترى ملك للمدعى بعد القبض لاتقبل وكذا لونقض القاضى العقد أوتراضوا على نقضه هذا إذا كان فى يدهما ، فلو رداه على البائع ثم شهدا قبلت ، ولو شهد المشترى بما اشترى لإنسان ولو بعد التقايل أو الرد بالعيب بلا قضاء لاتقبل ، كالبائع إذا شهد بكون المبيع ملكا للمدعى بعد البيع ، ولو كان الرد بطريق هو فسخ قبلت وشهادة الغريمين بأن الدين الذى عليهما لهذا المدعى لاتقبل وإن قضيا الدين ، وشهادة المستأجر بكون الدار للمدعى إن قال المدعى ان الإجارة كانت بأمرى لاتقبل ، ولو قال كانت بغير أمرى تقبل ، وشهادة ساكن الدار بغير إجارة للمدعى أو عليه تقبل خلافا لمحمد فيما عليه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولوشهد عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لاتقبل . وفى العيون : أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشترى عند جحوده تجوز إجماعا ، ولو وكله بالخصومة فى ألف قبل فلان فخاصم عند غير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى فشهد بهذه الألف لموكله جازت ، خلافا لأبى يوسف فإنه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل ، ولو كان خاصم عند القاضى والباقى بحاله لم تجز ، ولو خاصم فى الألف

فى حقهما باعترافهما ، وإن شهدا أن أباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك

قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لأن الفسق مما لايدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام ، ولأنه هتك السرّ والستر واجب والإشاعة حرام ، وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق

عند القاضى والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار ، إن كان التوكيل عند القاضى قبلت ، وإن كان خارجا عنه فاحتاج إلى إثبات الوكالة عند القاضى بالإشهاد لاتقبل لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم ، بخلاف الأول لأن القاضى علم بالوكالة وعامه ليس قضاء فلا يصير خصما فتقبل فى غير ما صار فيه خصما . هذا كله فى الوكالة الخاصة وهى التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين . وحكمها أن لايتناول الحادث بعد التوكيل ، أما العامة وهى أن يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لاتقبل شهادته لموكله بشىء على أحد بعد العزل إلا على ماوجب بعد العزل . شهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه لاتقبل إذا جحد المطلوب الوكالة وكذا فى الوكالة بالخصومة وشهادة ابنى الوكيل على الوكالة لاتقبل ، وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصىّ للميت بعد ما أخرجه القاضى عن الوصاية لاتقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاصم فيه أو لا ، ولو شهد الكبير على أجنبى تقبل فى ظاهر الرواية ، ولو لكبير وصغير معا فى غير الميراث لاتقبل ، ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشىء معين دار أو غيرها لوارث بالغ تقبل ، والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم به) قيل قوله ولا يحكم به تكرار . أجيب بجواز أن لايسمع البينة ويحكم بعامه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفى الأمرين ، والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد ، فإن كان متضمنا أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها ، وذلك بأن يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر ، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة ، أو على إقرارهم أنهم أجراء فى هذه الشهادة ، أو إقرارهم أن المدعى

أو ادعاه لأن القاضى لايملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح الخ) الجرح إما أن يكون مجردا أو غيره لأنه لايخلو إما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولا . والثانى هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم ، والأول هو الثانى ولك أن تسميه مركبا ، فإذا شهد شهود المدعى على الغريم بشىء وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل إن قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلو ربا فالقاضى لايسمعها . واستدل المصنف بوجهين : أحدهما قوله لأن الفسق مما لايدخل تحت الحكم لتمكن المقضى عليه من رفعه بالتوبة ورفع الإلزام ، وسماعها إنما هو للحكم والإلزام . والثانى قيل وعليه الاعتماد أن فى الجرح المفرد هتك السرّ وهو إظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطى إظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم . فإن قيل : مابالهم لم يجعلوا معدلين فى العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد ؟ أجيب بأن من شرط ذلك فى زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو يعلم القاضى بذلك سرا إذا سأله القاضى تفاديا عن التعادى واحترازا عن إظهار الفاحشة ، وليس فيما نحن فيه ذلك . وإنما قال ولا يحكم بذلك وإن كان عدم السماع يفيده

(قوله هم فسقة أو زناة) أقول : أى زناة فى زمن متقادم (قوله أجيب بأن من شرط ذلك فى زماننا الخ) أقول : فيه أن التقييد بقوله فى زماننا يدل على جواز تفسيق الشاهد علانية فى الزمان الأول ، وهو المفهوم أيضا من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كما لايخفى فليتأمل فى جوابه .

وذلك فيما يدخل تحت الحكم (إلا إذا شهدوا على إقرار المدعى بذلك تقبل) لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم . قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لأنه شهادة على جرح مجرد ، والاستئجار وإن كان أمرا زائدا عليه فلا خصم فى إثباته لأن المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه ، حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده تقبل لأنه خصم فى ذلك

مبطل فى هذه الدعوى ، أو إقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة . فى هذه الوجوه تقبل لثلاثة أوجه : أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف . أحدهما أن الشهادة إنما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم ، والفسق لا يدخل تحت الحكم لأن الحكم إلزام وليس فى وسع القاضى إلزام الفسق لأحد لتمكنه من رفعه فى الحال بالتوبة . الثانى أن بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته : وهذا لأن فيه إشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه . قال تعالى ـ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم ـ فإن قيل : ليس المقصود إشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه . أجيب بأن دفعه ليس ينحصر فى إفادة القاضى على وجه الإشاعة بأن يشهد فى مجلس القضاء المشتمل على ملإ من الناس ، إذ يندفع بأن يخبر القاضى سرا فيتفرع على هذا الصور التى ذكرناها . ومنها ما لو أقام رجل : يعنى المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لهذا الأداء لأنه على جرح مجرد . فإن قيل : الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح . أجاب المصنف عنه بقوله والاستئجار وإن كان أمرا زائدا فلا خصم فى إثباته ، لأن المدعى عليه ليس نائبا عن المدعى فى إثبات حقه هذا بل أجنبى عنه . وأورد أنه ينبغى أن تقبل هذه الشهادة بجميع ماذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر ، وهو أن يجعلوا مزكين لشهود المدعى فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم ، وإذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح. أجيب بأن المعدل فى زماننا يخبر القاضى سرا تفاديا من إشاعة الفاحشة والتعادى ، وأما الرجوع عن الشهادة فإنه لا يسمع إلا عند القاضى ، وقول الشاهد لا شهادة عندى لشك أو ظن عراه بعد مامضت فلا تقبل الشهادة ، فأما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن إثبات حق للعبد أو لله سبحانه بأن يشهدوا أن المدعى استأجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالى الذى كان فى يده أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علىّ بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذى وصل إليهم تقبل ، بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا إلى آخره ، لكن لم أدفع إليهم المال لا تقبل لأنه جرح مجرد ، وكذا إذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شرب الخمر أو سرق منى أو زنى

لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا (قوله إلا أنه) استثناء من قوله لأن الفسق وهو منقطع : أى لكن إذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى أنه أقرّ أن شهودى فسقة فإنها تقبل (لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم) ولم يظهروا الفاحشة وإنما حكوها عن غيرهم وهو المدعى ، والحاكى لإظهارها ليس كمظهرها ، وكذا إذا شهدوا بأن المدعى استأجر الشهود لم يسمعها لأنه جرح مجرد ، وضم الاستئجار إليه ليس بمخرج له عن ذلك لأنه من حقوق العباد فيحتاج إلى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبيا عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعى استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدّوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده قبلت لأنه خصم فى ذلك) فكان

(قوله إلا أنه استثناء الخ) أقول : فى نسخ الهداية إلا إذا الخ ، فقول الشارح قوله إلا أنه الخ ليس كما ينبغى ، بل الصواب أن يقال : إلا إذا . ثم إن قوله استثناء من قوله لأن الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا يسمع القاضى البينة .

ثم يثبت الجرح بناء عليه ، وكذا إذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لايشهدوا علىّ بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ، ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أوشارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل .

أوشريك المدعى فيما ادعى به من المال أو شهدوا على إقرارهم بأنهم لم يحضروا ذلك المجلس الذى كان فيه هذا الأمر قبلت ، أو على إقرار المدعى أنه استأجرهم تقبل فى ذلك كله لأن منه ماتضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفى ضمنه يثبت الجرح . ومنه الشهادة برقهم فإن الرق حق للعبد . ومنه ماتضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أوغير حد كالشهادة بأنهم محدودون ، فإنها قامت على إثبات قضاء القاضى وقضاء القاضى حق الشرع . ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن إشاعة فاحشة فتقبل . ومنه شهادتهم بأنهم شركاء المشهود له إذ ليس فيه إظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة ، والمراد أنه شريك مفاوض فهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لاأن يريد أن شريكه فى المدعى به وإلا كان إقرارا بأن المدعى به لهما ، وكذا كل مايشهدون به على إقرار المدعى بما نسبه إلى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه إشاعة منهم ، بل إخبار عن إخبار المدعى عنهم بذلك فتصح كما لوسمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والإنسان مؤاخذ بزعمه فى حق نفسه وكذا الإشاعة فى شهادتهم أنهم محدودون إنما هى منسوبة إلى قضاء القاضى أو شهادة القذف . هذا وقد نص الخصاف فى الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به فقيل فى وجهه أنه يسقط العدالة فتقبل كالرق وأنت سمعت الفرق . وأوّل جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم على إقرار المدعى ذلك أو أنه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم فى هذا مايمنعه . ثم قد وقع فى عدّ صور عدم القبول أن يشهدوا بأنهم فسقة أو زناة أو شربة خمر . وفى صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب أو زنى لأنه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج

جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه (وكذا إذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لايشهدوا علىّ بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال) لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال ذلك ولم يقل دفعته إليهم فإنه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أى ولما قلنا إنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر فى المتن ، وقيل لما قلنا من الدليلين فى الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد وكان المناسب أن يقول ولذلك وهذا أسهل ، والمعنى إذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أومحدود فى قذف أوشارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لأنه إثبات حق يدخل تحت

(قال المصنف : وكذا لو أقامها على أنى صالحت) أقول : لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع ظلم وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعى بينهما. (قوله ولهذا قيل) أقول : القائل هو الكاكى. (قوله وليس له ذكر فى المتن) أقول : والأمر فيه بين أيضا ، فإن المعلومية بالالتزام تكفى فى ذلك لأن تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة ، فإن التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا الخ) أقول : والأظهر أن يقال : لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبنى على هذين الدليلين . قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لأن الأصل هو القبول ولا مانع ، وإنما قلنا إن الأظهر ذلك لما لايخفى بما فى تقرير الشارح حيث يدل على أن ماذكره مبنى على ذينك الدليلين وليس الأمر كذلك (قوله وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول : ليكون إشارة إلى بعده (قوله أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى) أقول : أو شارب : أى ولم يتقادم، وقوله أو سارق : أى من المدعى عليه ، وقوله أو قاذف : أى والحال أن المقذوف يدعيه ، وقوله أو شريك المدعى : أى والمدعى مال .

قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى ، فإن كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أى أخطأت بنسيان ماكان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة . ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة

إلى جمع وتأويل (قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى : أى أخطأت لنسيان) عرانى بزيادة باطلة بأن كان شهد بألف فقال إنما هي خمسمائة ، أو بنقص بأن شهد بخمسمائة فقال أوهمت إنما هي ألف (جازت شهادته) إذا كان عدلا : أى ثابت العدالة عند القاضي أولا فسأل عنه فعدل (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى به

الحكم من غير إشاعة فاحشة . أما قوله إنه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمى أثره فى سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضعه أصول الفقه . وأما قوله إنه محدود فى قذف فلأنه تعلق به حكم وهو إكمال الحد برد شهادته وهو حق الله ، وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة . فإن قيل : فى هذه الشهادة إظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت ؟ فالجواب أن إظهار الفاحشة إذا دعت إليه ضرورة جائز لقوله صلى الله عليه وسلم « اذكروا الفاجر بما فيه » وقد تحققت لإقامة الحد . لايقال : وقد تحققت فى الجرح المجرد أيضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه ، لأنها تندفع بأن يقول للقاضى سرا ولا يظهره فى مجلس الحكم ، وعلى هذا فى إقامة البينة على ذلك اعتباران : أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهو غير مقبول . والثانى لإقامة الحد وهو مقبول ، ومن علاماته عدم التقادم . وأما إثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما إذا أقام البينة أن الشاهد ابن المدعى أو أبوه . قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتى قال فخر الإسلام : أى أخطأت بنسيان مايحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة : يعنى تركت ما يجب على أو أتيت بما لايجوز لى ، فإما أن يقول ذلك وهو فى مجلس القاضى أو بعد ما قام عنه ثم عاد إليه ؛ وعلى كل من التقديرين إما أن يكون عدلا أو غيره ، والمتدارك إما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من أحد الخصمين أو لا ، فإن كان غير عدل ردت شهادته مطلقا : أى سواء قاله فى المجلس أو بعده فى موضع الشبهة أو غيره ، وإن كان عدلا قبلت شهادته فى غير موضع الشبهة مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعى والمدعى عليه أو الإشارة إلى أحدهما سواء كان فى مجلس القضاء أو فى غيره ، وتدارك ترك لفظ الشهادة إنما يتصور قبل القضاء ، إذ من شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لايتحقق بدون الشرط . وأما إذا كان فى موضع شبهة التلبيس كما إذا شهد بألف ثم قال غلطت بل هى خمسمائة أو بالعكس فإنها تقبل إذا قال فى المجلس بجميع ما شهد أولا عند بعض المشايخ ، لأن المشهود له استحق القضاء على القاضى بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وبما بقى أو زاد عند آخرين ، لأن الحادث بعد الشهادة من العدل فى المجلس كالمقرون بأصلها وإليه مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله ، وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها ، قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة

(قال المصنف : حتى قال أوهمت بعض شهادتى) أقول : منصوب على نزع الخافض : أى فى بعض شهادتى (قال المصنف : قوله أوهمت أى أخطأت) أقول : الأولى حذف أى التفسيرية كما لايخفى فيكون مجازا من باب ذكر الخاص وإرادة العام ، لأن أوهم بمعنى أسقط (قال المصنف : أو بزيادة كانت باطلة) أقول : جملة كانت باطلة صفة لزيادة (قوله بجميع ماشهد أولا) أقول : أى ألفا أو خمسمائة (قوله وبما بقى أو زاد عند آخرين الخ) أقول : والأظهر عندى قول الآخرين . فإن على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذبا فى قوله الثانى فينبغى أن لاتقبل شهادته مطلقا ، ثم إن المراد من قوله وبما بقى خمسمائة ومن قوله أو زاد ألف (قوله وبعدها) أقول : الظاهر أن يقال بعده .

مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه فى أوانه وهو عدل ، بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت ، لأنه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ، ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ، ولا كذلك إذا اختلف . وعلى هذا إذا وقع الغلط فى بعض الحدود أو فى بعض النسب وهذا إذا كان موضع شبهة ، فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا .

لمهابة مجلس القضاء) إذ طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك ، بخلاف ما إذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء المدعى فى الزيادة والمدعى عليه بالنقص فى المال فلا تقبل (وعلى هذا إذا غلط فى بعض الحدود) بأن ذكر الشرقىّ مكان الغربى ونحوه (أو فى بعض النسب) بأن قال محمد بن علىّ بن عمر إن تداركه فى المجلس قبل وبعده لا ، وإذا جازت ولم تردّ فبماذا يقضى ؟ قيل بجميع ما شهد به لأن ما شهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ، ولا بد من قيده بأن يكون المدعى يدعى الزيادة . فإنه لو شهد له بألف وقال بل ألف وخمسمائة لا يدفع إلا إن ادعى الألف وخمسمائة . وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعى ألف وخمسمائة فيشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته ، لكن هل يقضى بألف أو بألف وخمسمائة ؟ قيل يقضى بالكل ، وقيل بما بقى فقط وهو الألف ، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وإنما هو خمسمائة يقضى بخمسمائة فقط لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة ، وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بألف فكذا إذا غلط ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى ، فعلى هذا قوله فى جواب المسئلة جازت شهادته : أى لا ترد ، لكن لا يقضى ، إلا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده . وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله : إذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما ، وظاهر هذا أنه يقضى بالكل . وعن أبى يوسف فى رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت فى كذا وكذا فإن كان القاضى يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقى ، وإن لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة . وعن محمد : إذا شهدوا بأن الدار للمدعى وقضى القاضى بشهادتهم ثم قالوا لا ندرى لمن البناء فإنى لا أضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككنا فى شهادتنا ، وإن قالوا ليس البناء للمدعى ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه . فعلم

بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل إذا تداركه فى أوانه) وهو قبل البراح من المجلس (وهو عدل . وأما إذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل) لأنه يوهم الزيادة من المدعى بإطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط) (قوله ولأن المجلس إذا اتحد) دليل آخر على ذلك ، وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة فإنه ألحق الملحق بأصل الشهادة فصار كالكلام واحد ، وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية فى الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أى على اعتبار المجلس فى دعوى التوهم (إذا وقع الغلط فى بعض الحدود) فذكر الشرقى فى مكان الغربى أو بالعكس (أو فى بعض النسب) كأن ذكر محمد بن

(قوله وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة) أقول : بل فى الدليل الأول أيضا إشارة إليه يظهر ذلك بالتأمل (قال المصنف : وهذا إذا كان موضع شبهة) أقول : أى شبهة التلبيس . وفى النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس إذا كان عدلا ، والظاهر ما ذكرناه والله أعلم .

بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم فى قولهم شككنا قبل القضاء وبعده فى أنه يقبل إذا كانوا عدولا ، بخلاف ما إذا لم يكن موضع شبهة وهو ما إذا ترك لفظ الشهادة أو الإشارة إلى المدعى عليه أو المدعى أو اسم أحدهما ، فإنه وإن جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لأن القضاء لا يتصور بلا شرطه وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء .

[فروع] من الخلاصة : وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد فى المكتب قبلت ، فإن كان لهم أولاد فالأصح أنه تجوز أيضا ، وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشيء ، وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل ، وكذا إذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع ، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا أنه وقف لأبناء السبيل . وقيل إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا تقبل . وقال بعضهم منهم الإمام الفضلى : لا تقبل شهادة أهل المسجد . وقال أبو بكر بن حامد فى جنس هذه المسائل : تقبل على كل حال لأن كون الفقيه فى المدرسة والرجل فى المحلة والصبيّ فى المكتب غير لازم بل ينتقل ، وأخذ هذا مما سنذكره من كلام الخصاف ؛ ولو شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون فى جوار الموصى قال محمد : لا تقبل للابن وتبطل للباقين ، وفى الوقف على فقراء جيرانه كذلك . وفى وقف هلال قال : وتقبل شهادة الجيران على الوقف . قلت : وكذا ذكر الخصاف فى أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال : تجوز الشهادة لأن فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين ؛ ألا ترى أنه إنما ينظر إلى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة ، فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له فى الغلة حق ؛ ألا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فإن الوقف ليس لهما بأعيانهما خاصة ، ألا ترى أن وليّ الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا ، وكذلك كل شهادة تكون خاصة ، وإنما هى عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك أن الشهادة جائزة . وذكر قبل هذا بأسطر إن شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة ، وكأن الفرق تعينهما فى هذه الصورة إذ لا جيران له سواهما ، بخلاف تلك الصورة . ولو شهدوا أنه أوصى بثلثه للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل ، ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل ، وإن كان خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد تقبل ، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل ، وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة إن كانت السكة غير نافذة لا تقبل . وفى النافذة : إن طلب حقا لنفسه لا تقبل ، وإن قال لا آخذ شيئا تقبل ، وكذا فى وقف المدرسة على هذا فى فتاوى النسفى . وقيل إن كانت السكة نافذة تقبل مطلقا . وفى الأجناس فى الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما . ولو شهدا أنه أوصى بثلثه لفقراء بنى تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا . ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من

أحمد بن عمر بدل محمد بن عليّ بن عمر مثلا ، فإن تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت وإلا فلا (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس أيضا فى جميع ذلك ، لأن فرض عدالته ينفى توهم التلبيس والتغرير (والظاهر ما ذكرناه) أوّلا من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس ، والله أعلم .

(باب الاختلاف فى الشهادة)

قال (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ،

قرابته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما . ووضع هذه الخصاف فيما إذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهى باطلة . قال : وكذا إذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهداها غنيان قال شهادتهما باطلة ، لأنهما إن افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما ، وكل شهادة تجرّ نفعا للشاهد أو لأبويه أو لأولاده أو لزوجته لاتجوز .

(باب الاختلاف فى الشهادة)

الاختلاف فى الشهادة خلاف الأصل ، بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك ، والشهادة كذلك لأنها تتفرع إما عن رؤية كما فى الغصب والقتل أو سماع إقرار وغيره ، والشاهدان مستويان فى إدراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلهذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف (قوله الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ،

(باب الاختلاف فى الشهادة)

تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا ، والاختلاف إنما هو بعارض الجهل والكذب فأخره وضعا للتناسب . قال (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفتها لم تقبل ، وقد عرفت معنى الشهادة ، فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته ، وموافقتها للشهادة هو أن يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة . فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم ، أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين ، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض ، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة ، أو ادعى شق زقه وإتلاف مافيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه ، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده ، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن

(باب الاختلاف فى الشهادة)

(قوله والاختلاف إنما هو بعارض الجهل) أقول : وأيضا الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد : أى ملزومه، وأيضا الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب ، إذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتأمل (قال المصنف : الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت) أقول : صدر الباب بهذه المسئلة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ؛ ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لايخفى عن له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول : فى أول كتاب الشهادة (قوله فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص) أقول : أى من له خلاصه كقوله تعالى ـ فإن الجنة هى المأوى ـ (قوله أو ادعى شق زقه) أقول : فيه بحث (قوله وشهد بانشقاقه) أقول : أى من غير شقه (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول : لايخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف فى الملك الذى هو إحدى مقولات العرض ، وليس كذلك بل ماذكره من قبيل النسبة .

وإن خالفتها لم تقبل) لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها .

وإن خالفتها لم تقبل) لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة لأنها لإثبات فى حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجدت) الدعوى (فيما يوافقها) أى يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل (وانعدمت فيما يخالفها) فإنها لما لم توافقها صارت الدعوى بشىء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة . واعلم أنه ليس المراد من الموافقة المطابقة ، بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به ، بخلاف ما إذا كان أكثر ، فمن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ، ويقضى بمهر المثل إن كان قدر ما سماه أو أقل ، فإن زاد عليه لايقضى بالزيادة ، كذا فى غير نسخة من الخلاصة . والظاهر أنه إنما يستقيم إذا كانت هى المدعية ، ومنه إذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الأول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلتا ، لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية ، بخلافه بسبب يفيد الحدوث ، والمطلق أقل من النتاج لأن الملك المطلق يفيد الأولية على الاحتمال والنتاج على اليقين ، وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لاتقبل . ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لاتقبل إلا إذا كان ذلك السبب الإرث ،

الشهادة موافقة للدعوى . وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ؛ ألا ترى أن المدعى يقول أدعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك ، واستدل المصنف على ذلك بقوله (لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) أما أن تقدمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ، ولا نعنى بالخصومة إلا الدعوى ، وأما وجودها عند الموافقة فلعدم مايهدرها من التكذيب . وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه قال : تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ، ولكن وجود الشرط لايستلزم وجود المشروط . والثانى أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعى والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى ؟ والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك ، فإذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع ، لا لأن وجود الشرط استلزم وجوده . وعن الثانى بأن الأصل فى الشهود العدالة لاسيما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالأصل .

(قوله أما أن تقدمه) أقول : الظاهر أن يقال تقدمها (قوله فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها) أقول : هذا لايدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا . والأصوب أن يقال : لأن الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعى فى حقوق العباد ولا يكون ذلك إلا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) أقول : كذا ذكره الشارحون ، وعندى الأولى أن يقال : أما وجودها عند الموافقة فظاهر ، وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى مايشهد به الشهود فحينئذ لايرد البحث الثانى أصلا ، على أن الدعوى لو جعلت معلومة لما قبلت لو أتى المدعى بشاهدين آخرين ، وأيضا ما ذكره فى الجواب مخالف لما سيأتى فى مسئلة الشهادة بالألف والخمسمائة إذا ادعى المدعى الألف حيث جعل سكوت المدعى عن الخمسمائة تكذيبا للشاهد وتفسيقا له ولهذا لم تقبل فليتأمل (قوله وعن الثانى : إلى قوله : عملا بالأصل) أقول : مخالف لما سيجىء أن إكذاب المدعى شاهده تفسيق له فراجعه .

لأن دعوى الإرث كدعوى المطلق هذا هو المشهور . وقيده فى الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف سماه ونسبه . أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهوغير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهى خلافية . وذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين ، وعن هذا اختلفوا فيما إذا تحمل الشهادة على ملك بسبب ، وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر فى شيء من الكتب . واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له . قلت : كيف وفيه إبطال حقه فإنها لا تقبل فيما لو ادعاها بسبب . ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت . فى الخلاصة تقبل . وحكى فى فصول العمادى خلافا ، قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد ، وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق ؛ ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك . وفى زوائد شمس الإسلام : دعوى الدين كدعوى العين ، وكذا فى شرح الحيل للحلوانى ، فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا ، قال شمس الأئمة محمود الأوزجندى : لا تقبل . قال فى المحيط فى الأقضية : مسئلتان يدلان على القبول انتهى . وعندى الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له ، بخلاف العين . وفى فتاوى رشيد الدين : لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم لما شهدوا بسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق . ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنه ببعض ما شهدوا به أولا . ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا به ، وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث . ولو ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما لو شهدوا جميعا بالمطلق ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق . وإذا أرّخ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل فى دعوى غير المؤرخ لا فى دعوى الملك المؤرخ . ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل ، ولو كان للشراء شهران فأرّخوا شهرا تقبل . وعلى القلب لا ، ولو أرّخ المطلق بأن قال هذا العين لى منذ سنة فشهدا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل .

ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التى نذكرها دار فى يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لأنها أكثر من المدعى به . ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل ، وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل . وفى المحيط نقلا من الأقضية وأدب القاضى للخصاف : إذا ادعى الملك للحال : أى فى العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها أثبتت الملك فى الماضى فيحكم بها فى الحال ما لم يعلم المزيل . قال رشيد الدين بعد ما ذكرها : لا يجوز للقاضى أن يقول « امرو زملك وى مى دانيت » انتهى ، ومعنى هذا لا يحل للقاضى أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم . نعم ينبغى للقاضى أن يقول هل تعلمون أنه خرج من ملكه فقط ، ذكره فى المحيط . قال العمادى : فعلى هذا إذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه دين كذا ينبغى أن تقبل كما فى العين . ومثله إذا ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان

١

تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل ، هذا كله إذا شهدوا بالملك فى الماضى . أما لو شهدوا باليد له فى الماضى لا يقضى به فى ظاهر الرواية وإن كانت اليد تسوّغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه . وعن أبى يوسف يقضى بها ، وخرّج العمادى على هذا ما فى الواقعات : لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدى الإقرار يشهدان كان عليه دين ولا يشهدان أن له عليه ، فقال هذا أيضا دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان عليه تقبل ، وهذا غلط فإنه إنما تعرّض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه ، بل ربما يؤخذ من منعه إحدى العبارتين دون الأخرى ثبوت القبول فى إحداهما دون الأخرى ، كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضى بذلك ، وأن القاضى حينئذ لا يقضى بشىء ، وسيأتى من مسائل الكتاب إذا علم شاهد الألف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقرّ بقبضها ، والله سبحانه أعلم . وعكس ما نحن فيه لو ادعى فى الماضى أن هذه الجارية كانت ملكى فشهد أنها له اختلف فى قبولها : والأصح أنها لا تقبل ، وكذا لو ادعى أنه كان له وشهد أنه كان له لا تقبل . وإنما لم تقبل إذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لأن إسناد المدعى دليل على نفى ملكه فى الحال ، إذ لا فائدة له فى الاقتصار على الماضى إلا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين إذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما إياه فى الحال لجواز قصدهما إلى الاحتراز عن الإخبار بما لا علم لهما به إذ لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى وقد يكون انتقل فيحترزان عنه وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب . وفى الخلاصة : ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة أو رديئة أو وسطا تقبل ويقضى بالردىء ، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل . وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل ، وعن هذا ذكر فى المسئلة المسطورة وهى ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع إنه أشهدهما عليه بذلك والذى لى عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال فى الخلاصة : هو محمول على أنهما شهدا على إقراره بذلك : أى إقرار المدعى عليه بثمن الجارية لأن بمثله فى الإقرار تقبل لما سيأتى فى المسئلة المذكورة قبلها . وفى الكفالة : إذا شهدوا أنه كفل بألف عن فلان ، فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف فى السبب . ومثله ادعى أنه آجره دارا وقبض مال الإجارة ومات فانفسخت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الإجارة تقبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة ، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل . ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار به فقد أطلق القبول فى المحيط والعمدة . وقال قاضيخان : قالوا تقبل عند أبى يوسف . ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع إليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع فإن الشهادة على البيع شهادة على الشراء ، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذى اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بينة على أنه بجهة القرض إن ادعاه . ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لا تقبل . ولو شهدوا جميعا بالإقرار به قبلت . ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل ، وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالى جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده . وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين) وعلى هذا المـائة والمـائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث .

أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ماشهدا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالدعوى ، فإذااختلف الشاهدان ووجد شرط القبول فى شهادة أحدهما فقط وهو ماطابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لاتقوم به الحجة للقاضى . وإنما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه . فإن دعوى مدّع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به فى إثباته ، وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما فى الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها إلى خصم آخر (قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ) أى يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضا لوجوب القضاء . ثم الشرط فى تطابق الشاهدين عند أبى حنيفة رحمه الله (فى اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على إفادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف ، حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لابطريق التضمن (فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) فلم يقض بشىء (عند أبى حنيفة ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى ألفين) بخلاف مالو كان يدعى ألفا لايقضى بشىء اتفاقا لأنه أكذب شاهد الألفين ، إلا إن وفق فقال كان لى عليه ألفان فقضانى ألفا أو أبرأته من ألف والشاهد لايعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالألف . وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لايقضى بطلاق أصلا عنده ، وعندهما يقضى بالأقل ، وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان . وهذا فى دعوى الدين . أما فى دعوى العين بأن كان فى كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما فى الكيس وهو ألفا درهم له وشهد آخر أن جميع ما فى الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذكر المقدار فى المشار إليه مستغنى عنه ذكره الخبازى . وبقولهما قال الشافعى وأحمد رحمهما

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ، ولكنهم اختلفوا فى أنها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة . فأما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف ، واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف . ولهذا إذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهى مقبولة ، وأما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوّزاه (فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وقالا : تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى ألفين وهو دين وعلى هذا المـائة والمـائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث)

(قال المصنف : ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ) أقول : المراد منه تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لابطريق التضمن ، فلا يضر مخالفة اللفظ إذا اتحد المعنى كما فى الهبة والعطية والنكاح والتزويج (قوله الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول : فى العموم بحث ، فإن موافقة الشهادتين فى الكيف ليست شرط القبول عند أبى حنيفة على ما سيجىء فى مسئلة سرقة البقرة وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الإمام التمرتاشى هناك ، وكذا الموافقة فى الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجىء فى المبسوط وصرح قاضيخان ، نعم الشارح تردد فيه (قوله وأما اختلافه بحيث ، إلى قوله : بالتضمن) أقول : كتب فى هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته : إطلاق التضمن

لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة . ولأبى حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا ، وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ ، وهذا لأن الألف لايعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المـال .

الله . ثم فى رواية عن الشافعى وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه (لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ماتفرد به أحدهما وصار كالألف والألف والخمسمائة) حيث اتفقنا على أنه يقضى بالألف لذلك وهو أنهما اجتمعا على الشهادة بها (ولأبى حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا) فى لفظ غير مرادف (لأن الألف لايعبر به عن الألفين) ويلزمه اختلاف المعنى فإنما (هما) أى الألف والألفان (جملتان) أى عددان (متباينتان حصل على كل واحد منهما شاهد وصاركما إذا اختلف جنس المـال) بأن شهد أحدهما بكرّ

(لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة) وكل ماهو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ماتفرد به أحدهما ، كما إذا ادعى ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة على ماسيجىء (ولأبى حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا) لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية ، واختلاف الألفاظ إفرادا وتثنية يدل على اختلاف المعانى الدالة هى عليها بالضرورة ، وإذ ثبت بالتثنية فإن الألف لايعبر به عن الألفين لاحقيقة ولا مجازا والألفان لايعبر بهما عن الألف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الآخر (وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما فى جنس المـال. شهد أحدهما بكرّ شعير والآخر بكرّ حنطة ، قيل ذكر فى المبسوط إذا ادعى ألفين وشهدا بألف فبات بالاتفاق ، ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبى حنيفة عن ذلك ؟ وأجيب بأن اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين ، فإنه لو ادعى الغصب وشهدا بالإقرار به قبات ، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالإقرار به لم تقبل . ولقائل أن يقول : قد

هاهنا ليس على اصطلاح أهل المعقول لأنهما نوعان عندهم على ماعرف فى موضعه انتهى . فأقول : فقوله نوعان عندهم بحث (قال المصنف : وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول : فيه إشارة إلى أن المعتبر عنده هو الاتفاق فى المعنى، واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لايحصل إلا عنده فتدبر (قال المصنف : وهذا لأن الألف لايعبر به الخ) أقول : وأيضا إن شرط الشهادة خالف الدعوى ، كما لأن المدعى يدعى الألفين وهو اسم لعدد معلوم لايقع على مادون ذلك فلم يكن الألف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى (قال المصنف : فصار كما إذا اختلف جنس المـال الخ) أقول : ولا يخالف الشهادة فيها الدعوى ، كما لأن الألف والخمسمائة اسم لعددين ؛ ألا يرى أنه يعطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصودا، فإذا شهد أحدهما بألف فقد شهد بأحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة فى عدد الألف تأمل (قوله لاحقيقة ولا مجازا) أقول: مسلم ؛ ألا يرى إلى قوله * قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل * (قوله ذكر فى المبسوط ، إلى قوله : وأجيب) أقول : ذكر قاضيخان فى فتاواه إن كان المدعى به دينا فشهدوا بأقل مما ادعاه المدعى نحو ما إذا ادعى ألفا وخمسمائة فشهدوا بخمسمائة من غير دعوى التوفيق ، وكذا لو ادعى ألفا وشهدوا بخمسمائة يقضى بخمسمائة ، ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة لايقضى بشيء فى قول أبى حنيفة لأن عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولم يوجد ، بخلاف ما تقدم لأن ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة ، والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسمائة بغير توفيق اهـ (قوله ووجوب الموافقة الخ) أقول : الواو الحالية (قوله ولقائل أن يقول قد

. . . .

شعير والآخر بكرّ حنطة أو بمائة بيض والآخر بمائة سود والمدعى يدعى السود لاتقبل على شيء أصلا لأن المدعى كذب شاهد البيض، إلا أن يوفق المدعى فيقول كان لى البيض فأبرأته من صفة الجودة فتقبل حينئذ، أما لو كان يدعى البيض ولها مزية فإنه يقضى بالسود، ولم يحكوا خلافا ذكره فى الخلاصة عن الأقضية. وكذا لو شهدا لمدعى كرّ حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى بالأفضل يقضى بالأقل، وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهى أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج إلى الفرق على قول أبى حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة. فإن قيل: لم يقع جواب قولهما الشاهد بالألفين شاهد بالألف فى ضمنهما فاجتمعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل. أجيب بأنه ما شهد بها إلا من حيث هى جزء الألفين، فإنما تثبت الألف فى ضمن ثبوت الألفين لأن المتضمن لايثبت بدون المتضمن ولم يثبت الألفان فلم يثبت الألف. فإن قيل: يشكل على قوله مالو ادعى ألفين وشهدا بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهى شرط على قول الكل. وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لايقضى ببينونة أصلا مع إفادتهما معا البينونة. وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل. أجيب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا بإقراره به تقبل، ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على إقراره به لاتقبل، وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة، فإنه لما كان يدعى ألفين كان مدعيا الألف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل، بخلاف شهادتهما بالألف والألفين لم ينص شاهد الألفين على الألف إلا من حيث هى ألفان ولم يثبت الألفان. وفى المبسوط والأسرار: الذى يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة: يعنى قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق

تقدم فى تلقين الشاهد إذا كان فى موضع التهمة بأن ادعى ألفا وخمسمائة وأنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بألف فالقاضى يقول يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق فى شهادته كما وفق القاضى أنه لايجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافى. فالحق فى الجواب لأبى حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط على ما إذا وفق الشهادة بدعوى الإبراء أو الإيفاء، ولا يلزم أبا حنيفة ما إذا قال لها زوجها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة، ولا ما إذا قال لها أنت طالق ألفا فإنه يقع ثلاث لأن الأكثر فى ذلك ثابت فيتضمن الأقل، وليس فيما نحن فيه كذلك لأن الأكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء.

تقدم الخ) أقول: قبيل باب الحبس فى كتاب القاضى (قوله أنه لايجوز بالاتفاق) أقول: أى التلقين إذ الكلام فيه وليس فيه نفى قبول الشهادة حتى يثبت التنافى، وجوابه ظاهر، فإنه إذا كانت الشهادة مقبولة فى هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكون التلقين غير جائز كما لايخفى. (قوله فوقعت واحدة) أقول: وذلك لكون الثلاث صارت فى يدها مع أبعاضها كمن ملك عبدا يملك رجله ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها (قوله لأن الأكثر فى ذلك ثابت) أقول: إن أراد ثابت لفظا ففى محل النزاع كذلك أو حكما ففيه بحث إذ ليس فى الشرع ألف طلاق.

القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدى الثلاث لا على شاهدى الواحدة ، ولو اعتبر ما قالا إن الواحدة توجد فى الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ، ولا يلزم ما إذا قال لها طلّقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لأن التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض إليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ماشاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث لملكه العدد ، غير أنه لغا مافوق الثلاث شرعا . وأما عن الثانى فيمنع الترادف لأن معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس إلا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا إن الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين ، غير أن المعنيين المذكورين المتباينين بإزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة ، والمتباينات قد تشترك فى لازم واحد فاختلافهما ثابت فى اللفظ والمعنى ، فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فإن هذا يقول : ما وقعت البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع إلا بوصفها ببرية وإلا فلم تقع البينونة . هذا كله إذا لم يدّع المدعى عقدا ، أما إن ادعى المال فى ضمن دعوى العقد من البيع والإجارة ، فالجواب ما ستعلمه فى آخر الباب . واعلم أن من المسائل المذكورة فى أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبى حنيفة ، ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار إلى أنها اتفاقية ، فإنه ذكر فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلّتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أجعل لزيد ثلث غلّتها الذى أجمعا عليه والباقى للمساكين ، وكذا إذا سمى أحدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف فى كل سنة مايسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدّر نفقته وعياله فى العام ، فإن كانت أكثر من الألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقى للمساكين ، هذا بعد أن أدخل الكسوة فى النفقة ثم أورد على نفسه فقال : قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا فى لفظهما ؟ قال : المعنى فيه أنه إنما أراد الواقف إلى أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الأقل انتهى . فإيراد هذا السؤال هو الذى ذكرت أنه أشار إلى أنها اتفاقية ، فإن إيراده ليس إلا باعتبار قول أبى حنيفة ، وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ، ثم قال : هذا استحسان ، والقياس أن الشهادة باطلة انتهى . وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر .

[فروع] ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البائع به لا تقبل ، كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على إقرار ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لا تقبل . قال ظهير الدين : الرهن فى هذا كالغصب ، وكذا الوديعة لو اعادها فشهدا بإقرار المودع قبلت ، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لا تقبل على قياس الغصب . وعلى قياس القرض تقبل ، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقرّ بذلك تقبل للموافقة لأن البيع فى الإخبار والإنشاء واحد . ومثله ادّعت صداقها فقال وهبتنى إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط . وقيل لا للاختلاف لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك . والأول أوجه لأنه وإن كان إسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ،

قال (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول ، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون ، بخلاف العشرة والخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين (وإن قال المدعى لم يكن لى عليه إلا الألف فشهادة الذى شهد بالألف والخمسمائة باطلة) لأنه كذبه المدعى فى المشهود به ، وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ، ولو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكنى استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت

ولو شهد على إقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لاتقبل . وفى المحيط : ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذى اليد أنها له لاتقبل ، بخلاف مالوشهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل ، بخلاف مالوشهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لاتقبل ، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل ، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت فى يده . وإذا راجعت القاعدة التى نذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين فى القول والفعل خرّجت كثيرا من الفروع ، والله سبحانه العليم (قوله وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على ألف) بالاتفاق عندهما ظاهر ، وعنده لأنهما اتفقا على الألف لفظا ومعنى ، وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كميتها لايقدح فى الشهادة بالألف ، كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ، ولوكان إنما يدعى الألف وسكت عن التوفيق لم يقض بشىء لأنه إكذاب لشاهد الألف وخمسمائة ظاهرا ، لأن السكوت فى موضع البيان بيان إلا إن وفق فقال كان حقى ألفا وخمسمائة فقضانى أو أبرأته من خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لايقضى بشىء ، ولا يكفى احتمال التوفيق

قال (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة الخ) ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول (إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى الأكثر قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر المعطوف عليه) ونظيره إذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة أو بمائة وخمسين . بخلاف ما إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالألف والألفين ، هذا إذا كان المدعى يدعى الأكثر ، وأما إذا ادعى الأقل وقال (لم يكن لى إلا الألف فشهادة من شهد بالأكثر باطلة) لتكذيبه المدعى فى المشهود به فلم يبق له إلا شاهد واحد وبه لايثبت شىء . فإن قيل : لم يكذبه إلا فى البعض فما بال القاضى لايقضى عليه بالباقى كما قضى بالباقى فى الإقرار إذا كذب المقرّ فى بعض ما أقرّ به ؟ أجيب بأن تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق ، بخلاف الإقرار لأن عدالة المقرّ ليست بشرط فتفسيقه لايبطل الإقرار (قوله وكذا إذا سكت) يعنى إذا ادعى الأقل وسكت عن قوله لم يكن إلا الألف ، والمسئلة بحالها لايقضى له بشىء (لأن التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لأن التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لابد منه فى الأصح ، وعلى هذا لو قال : كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق . وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالين إذا اختلفت الشهادة لاتخلو عن ثلاثة : إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق ، أو يوفق . وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر .

لتوفيقه . قال (وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله إنه قضاه) لأنه شهادة فرد (إلا أن يشهد معه آخر) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة ، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لادين إلا خمسمائة . وجوابه ما قلنا . قال (وينبغى للشاهد) إذا علم بذلك (أن لايشهد بألف حتى يقرّ المدعى أنه قبض خمسمائة) كى لايصير معينا على الظلم .

فى الأصح ، بخلاف ما إذا قال ماكان لى إلا ألف لأنه إكذاب صريح لايحتمله التوفيق فلا يقضى بشىء (قوله وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالألف لقبول شهادتهما عليها ، ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد) بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل (إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف) رحمه الله فى غير المشهور عنه (أنه يقضى بخمسمائة) فقط (لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس إلا خمسمائة ، وجوابه ماقلنا) يعنى قوله لاتفاقهما عليه ، يعنى فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل ، بخلاف ما لو شهدا بألف وقال أحدهما إنه قضاه إياها بعد قرضه فإنه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبي يوسف : لاتقبل شهادة شاهد القضاء ، وذكروا قول زفر كقول أبي يوسف فى هذه الرواية فإنه إكذاب من المدعى فهو كما لو فسقه . وجه الظاهر ماقدمناه من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما إلى آخره ولا يلزم من الإكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له (قال) القدورى (وينبغى للشاهد إذا علم بذلك) أى بقضاء الخمسمائة (أن لايشهد حتى يعترف المدعى بقبضها) لأنه لو شهد فإما بالألف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بألف فيضيع حق المدعى عليه ، وإما بخمسمائة يثبت اختلافهما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ، وفيه لاتقبل الشهادة أصلا على قول

قال (وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة) إذا ادعى ألفا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة (قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر) . فإن قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لأنه إذا قضاه خمسمائة لايكون للمدعى على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لاغير . أجيب بأن قضاء الدين إنما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذى هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعى بقبض ماهو غير ماشهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبي يوسف أنه يقضى بخمسمائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لادين إلا خمسمائة) لأن القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة ربّ الدين غريمه عن خمسمائة ، فلم يكن الدين إلا خمسمائة ، فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ، وفى ذلك يقضى بالأقل كما قلنا فى الألف والألفين ، إلا أن محمدا خالفه هنا لأن ذلك فيما تكون الشهادة بالأقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اهـ (وجوابه ماقلنا) أنهما اتفقا على وجوب الألف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لامحالة . وعورض بأن المدعى كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له ، وكيف يقضى بشهادته وجوابه سيأتى (قوله وينبغى للشاهد) يعنى أن الشاهد بقضاء خمسمائة إذا علم بذلك ينبغى أن لايشهد

(قوله مكان الدين الذى هو غيره) أقول : الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس (قوله وجوابه ماقلنا إنهما اتفقا على وجوب الألف) أقول : إن أريد أنهما اتفقا على وجوب الألف الآن فسلم ، وإن أريد على وجوبه سابقا فالاستصحاب لايكون حجة للاستحقاق . قلنا : الظاهر الأول ، فإن قضاء الدين إذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لايخفى ، والمراد من كون القضاء تلوا للوجوب ترتبه عليه ترتبا ذاتيا لازمانيا فليتأمل .

(وفى الجامع الصغير : رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها ، فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا . وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لاتقبل ، وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعى أكذب شاهد القضاء . قلنا : هذا إكذاب فى غير المشهود به الأول وهو القرض ومثله لايمنع القبول .

أبى حنيفة فيضيع حق المدعى . فالوجه أن لايشهد الذى عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذى سقط عن المدعى عليه ، والمراد هنا من لفظ لاينبغى لايحل نص عليه فى جامع أبى الليث ، ومن هذا النوع : رجل أقرّ عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر إلى القوم فقالوا لاتشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاه كله فالشهود بالخيار إن شاءوا امتنعوا عن الشهادة وإن شاءوا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء ، فإن كان المخبرون عدولا لايقضى القاضى بالمال ، هذا قول الفقيه أبى جعفر وأبى نصر محمد بن سلام ، ولو شهد عندهم واحد لايسعهم أن يدعوا الشهادة ، وكذا إذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قيل عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولىّ إن كان واحدا شهدوا أو اثنين لايسعهم أن يشهدوا ، وكذا لو رأى عينا فى يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن الملك للثانى لايسعه أن يشهد بالملك للأول ، ولو أخبراه أنه باعه من ذى اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما . هذا وإنما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدورى لأنه قد يتوهم أن تفريعها عليها على رواية أبى يوسف التى نقلها يقتضى أنه لو شهد أحدهما بألف فقال أحدهما قضاه إياها أن لايقضى بشىء على رواية أبى يوسف فذكرها للإعلام بالفرق . وقيل لأنه قد كان لقائل أن يقول فى مسئلة الجامع لاتقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدما لأن فى المسئلة الأولى للشاهد أن يقول : أنا تحملت الشهادة وأحتاج إلى الخروج منها وقد قضاه خمسمائة ولكنى أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف ، فإذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالألف . أما فى مسئلة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس علىّ أداؤها فشهادتى باطلة فلايقضى بالألف ، فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة . واستروح فى النهاية فقال : التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التى قبلها أن فى مسئلة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المديون كل الدين وفى التى

بألف حتى يقرّ المدعى أنه قبض خمسمائة كى لايصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق (وفى الجامع الصغير : رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء) والفرق بين مسئلة الجامع الصغير وبين ماذكرت قبلها أن فى مسئلة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه (وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لايقبل ، وهو قول زفر لأن المدعى أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له (قلنا : هذا) إكذاب فى غير المشهود به الأول وهو القرض) لأنه أكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الأول لامحالة ، ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص آخر قبل أن يشهدا له فأكذبهم . وحاصله أن إكذاب المدعى لشهوده تفسيق له لكونه اختياريا ، وأما إكذاب المدعى عليه

(قال المصنف : وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه الخ) أقول : والأشهر أن يكون هذا قول أبى يوسف (قال المصنف : ومثله لايمنع القبول) أقول : والمفهوم من كلام قاضيخان أنه إنما لم يمنع إذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور (قوله وحاصله ، إلى قوله : تفسيق له) أقول : الظاهر أن يقال تفسيق لهم .

قال (وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى (فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل) لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية .

قبلها شهد بقضاء بعض الدين (قوله وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض) بواحدة منهما ، فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فإنه يقتل المشهود عليه . أما الأول فالكذب إحداهما بيقين ولا أولوية فلا قبول . وأما الثانى فللأولوية باتصال القضاء الصحيح بها فإنه حين قضى بالأولى لا معارض لها إذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعى الذى ثبت شرعا بحدوث معارض ، كمن له ثوبان فى أحدهما نجاسة شك فى تعيينه فتحرى وصلى فى أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصلى فيه ولا تبطل صلاته فى الأول لأنه ثبت بتحريه الأول حكم شرعى هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحرى الثانى فى رفعه . وكذا الاختلاف فى الآلة ؛ قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل ، وكذا إن شهد بالقتل والآخر بالإقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لأن القول غير الفعل الذى هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب ، وكذا الضرب الواقع أمس وبتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالأخرى حقيقة ولا حكما ، لأنه لا يمكن جعل الفعل الثانى إخبارا عن الأول ليتحد الفعل نفسه ، وكل ما هو من باب الفعل كالشجّ والجناية مطلقا والغصب أو من باب القول المشروط فى صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه إحضار الشهود فاختلافهما فى الزمان أو المكان أو الإنشاء أو الإقرار يمنع القبول لما ذكرنا ، إذ المراد بالإنشاء والإقرار ذكر أن إنشاء الفعل والإقرار به . مثاله : ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لا تقبل ، ولو شهدا جميعا بالإقرار به قبلت ، بخلاف اختلافهما فى الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والإقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول ، فإن القول مما يتكرر بصيغة واحدة إنشاء وإخبارا وهو فى القرض بحمله على قول المقرض أقرضتك ، وكذا يقبل فى الرهن والهبة والصدقة والشراء وإن كانا يشهدان بمعاينة القبض لأن القبض يكون غير مرة . وفى المحيط : ادعى عينا فى يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل ، لأن شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعى يدعى الفعل فى الماضى والفعل فى الماضى غيره فى الحال ، كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به فى الحال ، وكذا لو ادعى القتل مطلقا وشهدوا به من شهر لأنه

فليس بتفسيق لأنه لضرورة الدفع عن نفسه . قال(وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة الخ) قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين فى المكان يمنع القبول ، فإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضى القاضى بالأولى لم يقبلهما لأن إحداهما كاذبة بيقين ، إذ العرض الواحد : أعنى القتل لا يمكن أن يكون فى مكانين وليست إحداهما بأولى من الأخرى (فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما ليست مثلها)

(قوله فليس بتفسيق) أقول أى حكما (قوله قد ذكرنا أن اختلاف الخ) أقول : أى علم مما ذكرنا التزاما .

(وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا فى لونها قطع ، وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا : لايقطع فى الوجهين) جميعا ، وقيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا فى السواد والبياض ، وقيل هو فى جميع الألوان . لهما أن السرقة فى السوداء غيرها فى البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى ، لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة . وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل فى الليالى من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فى واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده ،

ادعى الفعل فى الحال وهم شهدوا به فى الماضى فلا تقبل إلا إذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل فى هذا من غير توفيق لأن المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى به فتقبل انتهى . فقد ظهر أن من الفعل القبض .

ومن الفروع على الأصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس تقبل لأنه قول ، ولو ادعى النكاح أول من أمس فشهدوا به أمس لاتقبل لأنه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب ، هذا كله مذهبنا . وقال الشافعى وأحمد فى ظاهر روايته ، اختلافهما فى الزمان والمكان يمنع فى الكل إلا إذا شهد أنه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقر بطلاقها يوم الجمعة . وإذا شهدا على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت . ولو ادعى البيع وشهدا على إقرار البائع به واختلفا فى الزمان أو المكان قبلت ، وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الإقرار به تقبل لأن لفظهما سواء فى الإقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره فى الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى : لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فسألهما القاضى فقالا لانعلم ذلك تقبل لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك (قوله وإذا شهدا الخ) صورتها : ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا وأقام بينة فشهد أحدهما

قال (وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا أن اختلافهما فى الكيف يمنع القبول فإذا شهدا على رجل بسرقة بقرة (واختلفا فى لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أولا كالسواد والبياض عند أبى حنيفة رحمه الله وهو الأصح . وقيل إن كانا يتشابهان قبلت وإلا فلا ، وإن اختلفا فى الذكورة والأنوثة لم يقطع وقالا لايقطع فى الوجهين جميعا لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فإنها لم تقبل بالاتفاق ، بل هذا أولى لأن أمر الحد أهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه إتلاف نصف الآدمى فصار كالذكورة والأنوثة فى المغايرة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لأن التحمل فى الليالى من بعيد) لكون السرقة فيها غالبا (واللونان يتشابهان) كالحمرة والصفرة (أو يجتمعان) بأن تكون بلقاء أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر ، وإذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما إذا اختلف شهود الزنا فى بيت واحد . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال لإثبات الحد وهو القطع ، والحد يحتال لدرئه لا لإثباته .

(قوله فإذا شهدا على رجل الخ) أقول : هذا لايتفرع على مافرع عليه ، فإنه إذا امتنع القبول يجب أن لايقطع ، إلا أن يقال : ضمير اختلافهما راجع إلى الشاهد والمدعى لا إلى الشاهدين ، لكن لايخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول : الأولى حذف كلمة كل (قال المصنف : لأن أمر الحد أهم) أقول : لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال الخ) أقول : فى الكافى الاشتغال بالتوفيق بين كلامى الشاهدين احتيال لإيجاب الحد والحد يحتال لدرئه . قلنا : الشهادة من حجج الشرع والأصل فى حجج الشرع

بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه ، والذكورة والأنوثة لايجتمعان فى واحدة ، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه .

بسرقته حمراء والآخر سوداء . قال أبو حنيفة رحمه الله : تقبل ويقطع ، وقالا هما والأئمة الثلاثة لايقطع ، ولو أن المسروق منه عين لونا كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا لأنه كذب أحد شاهديه ، ولا فرق فيما إذا لم يعين المدعى لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة أو متباعدين كالبياض والسواد فى ثبوت الخلاف . وقيل فى المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والأصح الأول ، ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره فى المبسوط والظهيرية ، وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروى والآخر مروى ، ولو اختلفا فى الزمان والمكان لم تقبل إجماعا لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقايل تأمل . لهما أنهما اختلفا فى المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فكان كما لو اختلفا فى ذكورتها وأنوثتها أو فى قيمتها لاتقبل كذا هذا . وأيضا بطريق الدلالة فى الغصب فإنهما لوشهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لايتضمن قبولها إثبات حد فلأن لاتقبل فيما يوجب حدا أولى لأن الحد أعسر إثباتا فإنه لايثبت بشهادة النساء . وأما ما زيد من أنه لايثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام : أعنى السرقة بل يخص الزنا . ولأبى حنيفة أن بمجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصا يثبت الحد ، ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به ، وهذا لأنهما لم يكلفا علم لونها ، فإنهما لو قالا لانعلم لونها لاتسقط شهادتهما ويجب الحد ، واختلافهما فى أمر زائد لايلزمهما مما ليس مدعى به لايبطل الحد ، كما لو اختلفا فى ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أبيض فإنه يقطع ، وكما لو اختلفا فى مكان الزنا من البيت فقال أحدهما فى هذه الزاوية وقال الآخر فى تلك فإنه يحد ، وعلى هذا فلا حاجة فى قبولها إلى التوفيق كما

والثانى أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس بمعتبر مالم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها . والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالا لإثباته أن لو كان فى اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أو لا ، وأما إذا كان فى اختلاف مالم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثبات الحد لإمكان ثبوته بدونه ؛ ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ماكلفهما القاضى بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم ، بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا فى صلب الشهادة . وعن الثانى بأنه جواب القياس لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان فى صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا ، والله أعلم بالصواب (قوله بخلاف الغصب) جواب عن مسئلة الغصب بأن التحمل فيه بالنهار إذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه . وقوله (والذكورة والأنوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما لأنهما لا يجتمعان فى واحد ،

قبولها لاردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لإيجاب الحد . ثم إذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا انتهى ؛ ولعل هذا الجواب وجه القياس الذى ذكره الشارح فى جواب البحث الثانى ، ثم إن الشارح قد أجاب عن السؤال بجواب الكافى أيضا فى باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود فراجعه (قوله والثانى أن التوفيق وإن كان الخ) أقول : كما سلف فى الدرس السابق .

قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ،

فهمه العلامة السرخسى ، غير أنا تبرعنا بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالبا ليلا ونظر الشاهد إليه من بعيد ، وذلك سبب اشتباه اللون إذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وإن كانا متباعدين فى البلقاء فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الأمرين ، فعلى الأول أو الثانى إذا اختلفا فى المتقاربين ، وعلى الثانى فقط فى المتباعدين . بخلاف الغصب فإنه يقع نهارا فلا اشتباه فيه ، وبخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصابا أو لا ، ولأن ذكره الذكورة دليل على أنه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق ، فالاختلاف وإن كان فى زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطا لإثبات الحد ، كما لم يكن التوفيق فى اختلافهما فى مكان الزنا من البيت بأنهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان إلى مكان احتياطا لإثباته ، ولا أن وجه قولهما أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الأسرار . وما قيل إن التوفيق لإثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ إن لم يصح منع وجوبه مطلقا بل إذا لم يستلزم وجوب حد (قوله ومن شهد لرجل الخ) صورتها على ما فى الجامع فى الرجل يدعى على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بألف وخمسمائة ، قال : يعنى أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل إلى آخر ماهناك ، فقد يظن أن هذا يناقض ماتقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قضى بألف بالاتفاق بين الثلاثة ، وهنا لاتقبل فى شىء ، ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيما إذا ادعى دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد ؛ ألا ترى إلى قوله فى الجامع فينكر البائع البيع ، ولأنه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب ، وإذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب

وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج إلى التوفيق . قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ) رجل ادعى على آخر أنه باعه هذا العبد بألف أو بألف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأن المشهود به مختلف ، إذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم إثباته وهو مختلف باختلاف الثمن ، إذ الشراء بألف غيره بألف وخمسمائة ، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة . فإن قيل : لانسلم أن المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه . أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك ، إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو

(قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه) أقول : إذا كانت الشهادة بالذكورة والأنوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لأن التحمل فى الليالى من بعيد (قال المصنف : على كل واحد منهما) أقول : لفظة كل مما لاحاجة إليه (قوله أجيب بأن دعوى السبب المعين الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن دعوى السبب المعين لانسلم أنها تدل على ماذكره ، بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة إلى المقصود فيها ، لأنه لو ادعى الملك المطلق فيما يملكه بسبب البيع لم يشهد شاهداه به تحرزا عن الكذب ، إذ المطلق غير الملك بسبب فإنهما مختلفان حيث ثبت الملك من الأصل حتى يستحق المدعى بزوائده ، ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله فى الكنز وشرحه الزيلعى فى أول باب الاختلاف فى الشهادة . ثم أقول : إذا ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالملك بسبب قبلت ، لأن الملك بسبب أقل من المطلق ، ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لاتقبل وبه يظهر جواب البحث .

ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لأن المقصود هو العقد إن كان المدعى هو العبد فظاهر ، وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لايثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب

الذى بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا (ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه) وهو الشاهد بالألف (وكذا إذا كان المدعى هو البائع) بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المشترى الشراء فأقام الشاهدين كذلك (ولا فرق بين أن يدعى المدعى منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا) من اختلافهما فى المشهود به والتكذيب من المدعى . وفى الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد السمرقندى : تقبل لأن الشراء الواحد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يزاد فى الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد ، بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار ، لأن الشراء لايكون بألف ثم يكون بمائة دينار . وقال بعض المحققين من الشارحين : فيه نوع تأمل ، كأنه والله تعالى أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن إذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما ، ثم لايفيد لأنه تعود الخصومة كما كانت فى الألف والخمسمائة المدعى بها ، وإنما كان السبب وسيلة إلى إثباتها .

ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف : إحداها هذه . والثانية الكتابة ذكرها فى الجامع . قال : وكذلك الكتابة إذا ادعاها العبد وأنكر المولى : يعنى الكتابة على وزان ماذكر فى البيع زاد المصنف فقال وكذا إذا كان المدعى هو المولى لأن دعوى السيد المال على عبده لاتصح ، إذ لادين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة

لايحتاج إلى سبب معين ، فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب . فإن قيل : التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد فى الثمن وعرف به أحدهما دون الآخر . أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندى ذهب إلى ذلك وقال : تقبل الشهادة ، بخلاف ما إذا شهدا بجنسين كألف درهم ومائة دينار . ووجه مافى الكتاب أن الشراء بألف وخمسمائة إنما يكون إذا كان الألف والخمسمائة ملصقين بالشراء ، وأما إذا اشترى بألف درهم ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن (قوله ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه) دليل آخر على ذلك (وكذا إذا كان المدعى هو البائع) سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسمائة لافرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب ، وكذا إذا كانت الدعوى فى الكتابة ، أما إذا كان يدعيها العبد فلا خفاء فى كون العقد مقصودا ، وأما إذا كان هو المولى فلأن العتق لايثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات

(قوله فإن قيل التوفيق ممكن الخ) أقول : إمكان التوفيق لايفيد كما سبق عن قريب (قوله وأما إذا اشترى بألف إلى قوله بأصل الثمن) أقول : فيه أن ماذكره لايتمشى فى احتمال أن يكون الثمن أولا ألفا وخمسمائة ثم حط خمسمائة حيث لا يأخذ الشفيع بأصل الثمن ، وأيضا إذا كان الثمن أولا ألفا ثم زاد تكون المرابحة والتولية بالزيادة مع أن المرابحة نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول بزيادة ربح ، والتولية كذلك من غير زيادة ربح ، وإنما يأخذ الشفيع بأصل الثمن فى الزيادة لما فى الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه . وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنوير لا يجب اطراده (قوله قوله ولأن المدعى الخ) أقول : إن لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعى يدعى الأكثر فلا نسلم الإكذاب والسند ظاهر ، وإن لوحظت يئول إلى الدليل الأول . وجوابه اختيار الشق الثانى والإكذاب أمر مغاير لما ذكر فى الدليل الأول (قوله أن المقصود هو السبب) أقول : وإن المدعى يكذب أحد شاهديه .

(وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه، وإن كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن. إن كان المدعى هو الراهن لايقبل لأنه لاحظّ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين.

فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لايتصور له عليه دين إلا به، فالشهادة ليست إلا لإثباتها. الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إن كان المدعى هو المرأة فى الخلع والعبد فى العتق والقاتل فى الصلح عن دم العمد، لأن المقصود إثبات العقد لأنه هو الذى يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم (وإن كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولى القتيل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه إذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالأقل، فإن كان الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالأقل اتفاقا، وإن كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما، وعند أبى حنيفة لايقضى بشىء، وهذا (لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا فى الدين) والسادسة الرهن إن كان المدعى هو الراهن لاتقبل الشهادة بشىء أصلا لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لأنه) أى الراهن (لا حظّ له فى الرهن) أى لايقدر على استرداده مادام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وإن كان) المدعى هو (المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلمت حكمه. فإن قيل: الرهن لايثبت إلا بإيجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغى أن يكون

العقد، وفيه نظر لفظا ومعنى. أما الأول فلأنه قال العتق لايثبت قبل الأداء، وذلك مشعر بأن مقصود المولى هو العتق والأداء هو السبب، وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة. وأما الثانى فلأن المولى إذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لاتقبل لتمكنه من الفسخ. والجواب عن الأول أن تقريره بدل العتق لايثبت قبل الأداء والأداء لايثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة. أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لايقع قبل الأداء والأداء لايثبت بدون الكتابة فكانت هى المقصودة. وعن الثانى بأن قوله فالشهادة لاتقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لايختار الفسخ ويخاصم لأدنى البدلين (وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد) أما أن المدعى إذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء فى كون العقد مقصودا والحاجة ماسة إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه، وإن كانت الدعوى من جانب الزوج بأن قال خالعتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعى الألف، أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الألف، أو قال ولى القصاص صالحتك بألف وخمسمائة والقاتل يدعى الألف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه تقبل على الألف إذا ادعى ألفا وخمسمائة بالاتفاق، وإذا ادعى ألفين لاتقبل عنده خلافا لهما، وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما (لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى فى الدين، وفى الرهن إن كان المدعى هو الراهن لاتقبل)

(قوله وفيه نظر لفظا ومعنى) أقول: فى كونه فيه نظر لفظا نظر، إذ لا خلل فى نفس اللفظ (قوله العتق لا يثبت قبل الأداء) أقول: فيه بحث، فإن معنى كلامه أن العتق لايثبت قبل أداء كل البدل بمجرد عقد الكتابة أو بأداء بعض البدل حتى يئول دعوى المولى إلى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما فى دعوى الإعتاق على مال فلا إشعار لما ذكره ولا حاجة إلى تقدير شىء (قوله بدل العتق لا يثبت الخ) أقول: أى لايحصل فى يد المولى (قوله إن مقصود المولى العتق) أقول: أى العتق بعد أخذ المال (قوله لجواز أن لايختار الخ) أقول: لا يقال فيكون العبد مدعيا أيضا لأنه لايقع إلا أنه لم يكن بد من التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله بأدنى البدلين) أقول: وأنت خبير بأنه لا يخلو

وفى الإجارة إن كان ذلك فى أول المدة فهو نظير البيع . وإن كان بعد مضى المدة والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين ؛

اختلاف الشاهدين فى قدر المال كاختلافهما فيه فى البيع والشراء . أجيب بأن الرهن غير لازم فى حق المرتهن ، فإن له أن يرده متى شاء ، بخلاف الراهن ليس له ذلك ، فكان الاعتبار لدعوى الدين فى جانب المرتهن إذ الرهن لايكون إلا بالدين فتقبل بينته فى ثبوت الدين ويثبت الرهن بألف ضمنا وتبعا للدين . ولا شك أن دعوى المرتهن إن كان مثلا هكذا أطالبه بألف وخمسمائة لى عليه على رهن له عندى فليس المقصود إلا المال ، وذكر الرهن زيادة إذ لايتوقف ثبوت دينه عليه ، بخلاف دين الثمن فى البيع ، وإن كان هكذا أطالبه بإعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندى على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد ، فاختلاف الشاهدين فى أنه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة ، وإن كان زيادة يوجب أن لايقضى بشىء لأن عقد الرهن يختلف به . والسابعة الإجارة ، إن كان فى أول المدة فهو كالبيع بأن ادعى المستأجر أو الآجر أنه أجره هذه الدار سنة بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لاتثبت الإجارة كالبيع ، إذ قبل استيفاء المنفعة لايستحق البدل فكان المقصود إثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلاتثبت الإجارة (وإن كان بعد مضيها) استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم ، فإن

لعدم الدعوى ، لأنه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن لم تكن ، وإن كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى بأقل المالين إجماعا قبل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لاتقبل البينة وإن كان المدعى هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه . وأجيب بأن الرهن عقد غير لازم فى حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان فى حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين ، لأن الرهن لايكون إلا بدين فتقبل البينة كما فى سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمنا وتبعا للدين . وفى الإجارة لايخلو إما أن تكون الدعوى فى أول المدة أو بعد مضيها . فإن كان الأول لم تقبل الشهادة كما فى البيع لأن المقصود إثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل . وإن كان الثانى ، فإما أن يكون المدعى هو الآجر أو المستأجر ؛ فإن كان الآجر فهو دعوى الدين يقضى بأقل المالين إذا ادعى الأكثر لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة فى وجوب الأجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة جازت على الألف ، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبى حنيفة كما تقدم خلافا لهما ، وإن كان المستأجر قال فى النهاية : كان ذلك اعترافا منه بمال الإجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى اتفاق الشاهدين واختلافهما ، وهذا لأنه إن أقر بالأكثر لم يبق نزاع ، وإن أقر بالأقل فالآجر لايأخذ منه ببينة سوى ذلك . وفى بعض الشروح : فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالإجماع وهو فى معنى الأول ، لأن الدعوى إذا كانت فى العقد بطلت

إما أن يقيم بينة على أحد البدلين أولا ، فإن كان الأول فلا يفيد شاهدى المولى كما لايخفى ، أو يوفق بينهما بأنه أسقط بعض البدل بعد العقد الأول ، بل نقول : نقبل شاهدى المولى وتفصيله فى التخالف فى الشروح ، وإن كان الثانى فلا يفيد أيضا لقدرته على الاستخدام بدونه إذ لاسبب يخرجه عن يده . وأيضا هذه المخاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم فى حقه لتمكنه من الفسخ متى شاء كما سيجىء آنفا فى مسئلة الرهن ، وجوابه غير خفى على المتأمل (قوله لأن الرهن لايكون إلا بدين الخ) أقول : مخالف لما أسلفه فى جواب النظر الثانى آنفا فتأمل فى جوابه (قال المصنف : وإن كان بعد مضى المدة والمدعى هو الآجر الخ) أقول : فى شرح الوقاية لصدر الشريعة فى أول الإجارة أن الأجير هو معطى الأجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح ، إلا أن يكون كلابن وتامر ، ويؤيده أنه استعمل الأجير بمعنى المؤجر فى هذا المقام .

قال (فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا ، وقالا : هذا باطل فى النكاح أيضا) وذكر فى الأمالى قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة رحمهما الله . لهما أن هذا اختلاف فى العقد، لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع .

كان المدعى هو المؤجر فهو دعوى الأجرة ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعى الأكثر يقضى بألف إذ ليس المقصود بعد مضى المدة إلا الأجرة ، وإن شهد الآخر بألفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشىء عنده وعندهما بألف ، وإن كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ، ولا يثبت العقد للاختلاف . والثامنة النكاح ، وقد علمت أن النكاح أجرى مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف ، حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوّجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليها زوّجها منه لا تقبل ، ولو ادعى هو عليها ثانيا أنها زوّجت نفسها منه فشهد هذا بأنها زوجت نفسها منه تقبل ، وإنما تقبل إذا ادعى أنها زوجت نفسها منه فشهدا أن وكيلها فلان بن فلان زوّجها لأن لفظ زوّجت نفسها يصدق به فى العرف . وقد أطلق محمد فى الجامع عن أبى حنيفة رحمهما الله فقال : فأما النكاح فإن أبا حنيفة كان يقول : إذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالألف وهى تدّعى ألفا وخمسمائة ، فأما يعقوب ومحمد فقالا : النكاح باطل أيضا ، فمشى المصنف رحمه الله على إطلاقه فلم يفصل بين كون المدعى فيه الزوج أو الزوجة ، وجعله الأصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعى الزوج فلا يصح باتفاقهم لأنه لأنه دعوى العقد إذ الزوج لا يدعى عليها مالا وكونه الزوجة فهو على الخلاف . وقال فى وجه الأصح ما ذكرنا : يعنى ما ذكره من التعليل لأبى حنيفة من أن المال تابع فى النكاح ، وإنما المقصود منه الحل والازدواج والملك ، ولا اختلاف فى هذا بل فى التبع ، وإذا وقع فى التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ، وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف ، فإن هذا الوجه يقتضى الصحة بالأقل بلا تفصيل . وأيضا أجرى إطلاقه فى دعوى الأقل والأكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعى الأقل أو الأكثر ، وهذا مخالف للرواية ، فإن محمدا رحمه الله فى الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال : جازت الشهادة بألف وهى تدعى ألفا وخمسمائة ، والمفهوم يعتبر رواية ، وبقوله ذلك أيضا يفهم لزوم التفصيل فى المدعى به بين كونه الأكثر فيصح عنده أو الأقل فلا يختلف فى البطلان لتكذيب المدعى شاهد الأكثر كما عوّل عليه محققو المشايخ ، فإن قول محمد وهى تدعى الخ يفيد تقييد قول أبى حنيفة رحمه الله بالجواز بما إذا كانت هى المدعية للأكثر دونه فإن الواو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف .

الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه . قال (فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا) إذا اختلف الشهود فى النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت بألف عند أبى حنيفة وهو استحسان . وقال أبو يوسف ومحمد : هذا باطل فى النكاح أيضا . وذكر فى الأمالى قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة . لهما أن هذا اختلاف فى السبب ، لأن المقصود من الجانبين هو العقد، والاختلاف فى السبب يمنع قبول الشهادة كما فى البيع . ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف فى النكاح من لا يملك التصرف فى المال كالعم

---

(١) (قوله إن المال فى النكاح تابع) أقول : أى غير داخل فى صلب العقد ، بخلاف البيع فإن المال فيه داخل فى صلب العقد .

ولأبى حنيفة رحمه الله أن المال فى النكاح تابع ، والأصل فيه الحل والازدواج والملك ،

[فروع] شهد أنه أقرّ أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر أنه أقرّ أنه أخذه منه يقضى به للمدعى ، ولو شهد أحدهما أنه أقرّ أنه أخذه منه والآخر أنه أقرّ بأنه له لم يقض للمشهود له بشىء ، ولو شهد أنه أقرّ أنه غصبه منه والآخر أنه أقرّ بأن المدعى أودعه إياه تقبل . وزاد فى المنتقى حين وضعها ثانية فى الثوب : لو قال المدعى أقرّ بما قالا لكنه غصبه منى تقبل ويجعل ذو اليد مقرا بملكية الثوب للمدعى فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده ، ثم قال فيما لو شهد أحدهما على إقراره بأخذه والآخر على إقراره بالإيداع منه وقال المدعى إنما أودعته منه لاتقبل لعدم اجتماعهما على الإقرار بملك ولا بأخذ ، لأن شاهد الوديعة لم يشهد بالأخذ فلزم المناقضة فى الحكم . والدليل . واعلم أنه ذكر فيما إذا شهد على إقراره بغصبه والآخر على إقراره بأخذه منه يقضى به للمدعى ويجعل المدعى عليه على حجته ، لأن إقراره بالأخذ ليس إقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة إذا كان الأخذ لايدل على الملك . شهد أنه أقرّ بأنه اشترى هذا العين من المدعى والآخر على إقراره بإيداعه المدعى إياه منه قضى للمدعى ، ولو كان الشاهد الثانى شهد بأنه أقرّ بأن المدعى دفع إليه هذا العين قضى به للمدعى أيضا ، لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ؛ ألا ترى أن رجلا لو قال دفع إلىّ فلان هذا العين ثم برهن على أنه اشتراه منه تقبل . وفى الزيادات قال أحدهما أعتق كله وقال الآخر نصفه لاتقبل . ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين تقبل على الألف إجماعا . ادعى الشراء فشهدا بالهبة والقبض لاتقبل ، إلا إن وفق فقال جحدنى الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على الهبة لأن الأولى ماقامت على ماادعى به من الهبة وإنما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه . ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والآخر من أمه لاتقبل . ادعى دارا فشهدا له بمدعاه وقضى له ثم أقرّ المقضى له أن البناء للمقضى عليه لايبطل الحكم بالأرض للمدعى ، وإن شهدا بالبناء والأرض والباقى بحاله بطل الحكم لأنه أكذبهما فيما قضاه من البناء ، بخلاف الأول لأن دخول البناء محتمل ، فإقرار المدعى بعدم دخوله بيان لأحد الاحتمالين . شهد أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه ، أو شهد أنها ولدت منه غلاما والآخر جارية تقبل . شهد أنه أقر أن المدعى سكن هذه الدار والآخر أنها له لاتقبل . ولو شهد أنه أقرّ بأن هذه الدار له وشهد الآخر أنه ساكنها قضى بها له . شهد أن قيمة الثوب الهالك كذا والآخر على إقراره بها لاتقبل . شهد على صريح الإذن والآخر أنه رآه يبيع فلم ينهه لاتقبل ، بخلافها على الإذن فى الطعام والآخر عليه فى الثياب تقبل على الإذن . وفى الأقضية : ادعى عبدا فى يد رجل فشهدا على إقراره أنه ملكه تقبل . ولو على إقراره بالشراء منه وأنكر المدعى البيع يأخذه المدعى لأن الإقرار بالشراء والاستيام إقرار بالملك للبائع على رواية الجامع أو بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد أقرّ أنه لاملك له فيه ولا أحد متعرض للمدعى فيأخذه ، وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بالشراء منه والآخر على إقراره بالهبة منه والمدعى ينكر ، وكذا لو شهد أحدهما على الشراء منه بألف والآخر بمائة دينار ، أو قال الآخر استأجره منه ، وكذا لو شهد أنه باعه المدعى منه والآخر أنه أودعه عنده ، وكذا لو شهدا على إقراره أن المدعى

والأخ ، والاختلاف فى التابع لايوجب الاختلاف فى الأصل فكان ثابتا (قوله والأصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر . وتقريره الأصل فى النكاح الحل والازدواج والملك لأن شرعيته لذلك . ولزوم المهر لصون المحل

(قوله والأصل فيه الحل) أقول : أى حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلتهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر ، بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول : فى صحة كونه دليلا آخر مستقلا بدون ملاحظة الأول تأمل .

ولا اختلاف فى ما هو الأصل فيثبت ، ثم إذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ،

دفعها إليه . شهد على إقراره بأنه أخذ منه هذا والآخر على إقراره بأنه أودعه منه تقبل لاتفاقهما على الإقرار بالأخذ لكن بحكم الوديعة أو الأخذ منه منفردا . شهد أن له عليه كذا دينارا والآخر أنه أقر أنه عليه تقبل . شهد أنه طلقها بالعربية والآخر بغيرها فى المنتقى عن أبى يوسف لاتقبل ، ولو كان هذا بالإقرار بالمال تقبل ، وليس الطلاق كذلك لأنى أنويه فى وجوه كثيرة ، وفيه لوشهد أنه قال لعبده أنت حر والآخر أنه قال له آزاد تقبل . وفيه لو قال إن كلمت فلانا فأنت حر فشهد أنه كلمه اليوم والآخر أمس لم تقبل ، وذكر فيه مسئلة الطلاق قال طلقت ، ولا شك أنه يجب فى العتق ثبوته إذا وفق العبد بأن قال كلمته فى اليومين جميعا . وفيه شهد أنه قال إن دخلت هذه الدار فكذا والآخر إن دخلت هذه وهذه لاتقبل ، وفيه إن طلقتك فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق ، ولو قال إن ذكرت طلاقك إن سميته إن تكلمت به فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق لا العتاق لأن شهادتهما اختلفت فى الكلام ؛ ولو اختلفا فى القذف فى الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لهما . وفى إنشائه وإقراره لاتقبل إجماعا . ادعى ألفا فشهد أحدهما بأنه أقر أن له عليه ألفا قرضا والآخر أنه أقر أنه أودعه ألفا تقبل لاتفاقهما أنه وصل إليه منه ألف وقد جحد فصار ضامنا هى قسمان : قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة ، وقسم من الاختلاف بين الشاهدين : القسم الأول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق فلا تقبل ، وقيده فى الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف كأن قال اشتريته من فلان ابن فلان وذكر شرائط التعريف ، أما لو جهله فقال اشتريت فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت ، وذكر فى فتاوى رشيد الدين فى القبول خلافا . ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب تقبل ، كذا أطلقه فى الجامع الكبير . وزاد فى الأجناس فى القبول أن القاضى يسأل المدعى الملك ألك بهذا السبب الذى شهدوا به إن قال نعم قضى أو لا لا . وفى الدعوى والبينات : إذا تحمل الشهادة على ملك له سبب وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا فى شىء من الكتب . واختلف فيه المشايخ ، والأصح أنه لايسعه ذلك . ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه إلى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشهدوا بالملك المطلق فى الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف . وحكى العمادى فيه اختلافا . قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لايشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد ، وقيل لاتقبل لأن دعوى الشراء معتبرة فى نفسها

الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف فى موضعه ، ولا اختلاف للشاهدين فيها فيثبت الأصل ، لكن وقع الاختلاف فى التبع وهو المال فيقضى بالأقل لاتفاقهما عليه . واعترض عليه بأن فيه تكذيب أحد الشاهدين . وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لايوجب التكذيب فى الأصل ؛ وفيه نظر فإن مراد المعترض ليس بطلان الأصل بل بطلان التبع ، ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور فى الدعوى ويلزم مهر المثل . والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى . والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف

(قوله ولا اختلاف للشاهدين فيها) أقول : الظاهر تذكير الضمير وتأنيثه باعتبار كون الأصل عبارة عن الأمور المذكورة (قوله وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود) أقول : المجيب صاحب النهاية (قوله والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودا) أقول : أى من العقد ، فإن العقد يصح بدونه . وتحقيق الجواب وتفصيله ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية ، وإنما لم يذكره ثانيا حذرا عن التكرار فلا وجه لإيراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول : المراد من الدين هو الدين المنفرد عن العقد .

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما فى الصحيح . ثم قيل : الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هى المدعية وفيما إذا كان المدعى هو الزوج إجماع على أنه لاتقبل ، لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد . وقيل الاختلاف فى الفصلين وهذا أصح والوجه ماذكرنا ، والله أعلم .

لا كالمطلق ؛ ألا ترى أنه لايقضى له بالزوائد فى ذلك . وفى زوائد شمس الإسلام دعوى الدين كدعوى العين ، وهكذا فى شرح الحيل للحلوانى ، لكن فى المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الأئمة محمود الأوزجندى يقول : لاتقبل كما فى دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق . قال : وفى الأقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى . وفى فتاوى رشيد الدين : لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لاتقبل لأنهم إذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ، ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنهم شهدوا ببعض ماشهدوا به أولا فتقبل . أما النكاح فلو ادعى على امرأة أنها امرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل إن كان قدر المسمى أوأقل ، فإن زاد على المسمى لايقضى بالزيادة ، ولو لم يذكر المال والباقى بحاله قضى بالنكاح فقط ، ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث

فيه بطريق العطف لايمنع القبول بالاتفاق كما تقدم ، فالتشكيك فيه غير مسموع .قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما) بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى . وقوله (فى الصحيح) احتراز عما قال بعضهم إنه لما كان الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما فى الدين ، وإليه ذهب شمس الأئمة . ووجه مافى الكتاب أن المنظور إليه العقد وهو لايختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت فى ضمن العقد فلا يراعى فيه ماهو شرط فى المقصود : أعنى الدين . وقال (ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هى المدعية ، فأما إذا كان المدعى هو الزوج فالإجماع على أنها لاتقبل لأن مقصودها قد يكون المال) بخلاف الزوج فإن مقصوده ليس إلا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول (وقيل الخلاف فى الفصلين) يعنى ما إذا كانت المرأة تدعى وما إذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لأن الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال أو المرأة تدعى ذلك ، وإنما الكلام فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا فى نفس العقد أولا . قال أبو حنيفة : لايوجب ذلك . وقالا يوجبه ، وقد ذكر المصنف دليلهما وإليه أشار بقوله (والوجه ماذكرناه) والله أعلم .

(قوله ويستوى إلى قوله بكلمة أو الخ) أقول : وفيه بحث ، فإنه من قبيل :

سيان كسر رغيفه أو كسر عظم من عظامه

وفى الفرائض السراجية : وذلك فى مسئلتين : زوج وأبوين أو زوجة وأبوين ، فإن أو بمعنى الواو . وقال الزيلعى : ولا يكون بدعوى الأقل مكذبا للشاهد لجواز أن يكون الأقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة انتهى . وفيه تأمل ، فإنهم لم يجوزوا ذلك فى البيع كما صرح به فى الشروح . وجوابه أن النكاح ليس كالبيع ، فإنه يجوز النكاح بدون تسمية المهر ، بخلاف البيع بلا تسمية البدل فتأمل (قال المصنف : وهذا أصح والوجه الخ) أقول : قال الإتقانى : ولنا فى قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير ، وكذلك لم يذكره فى شرح الطحاوى فيما إذا كان المدعى هو الزوج بل قالوا لاتقبل الشهادة لأن الاختلاف وقع فى العقد انتهى . وفيه نظر فإنه قال التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير ، وإن كان المدعى هو الزوج اختلفوا على قول أبى حنيفة ، والأصح أنها تقبل عنده لأن المال تابع .

. . . .

وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة وغيره فهو ملك حادث ، وإن ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لاتقبل كما إذا شهدوا جميعا بالمطلق ، وفيما لو ادعى التملك فشهدوا على المطلق تقبل ، ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لا لأن دعوى مطلق الملك دعوى أوّليته على سبيل الاحتمال ، والشهادة على النتاج شهادة على أوّليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل . وهذه المسئلة دليل على أنه لو ادعى النتاج أوّلا ثم ادعى الملك المطلق تقبل . ولو ادعى المطلق أوّلا ثم النتاج لاتقبل . وفى المحيط : لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لاتقبل ، بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى . ولا يشكل أنه لو ادعى النتاج بسبب فشهدا بسبب آخر لاتقبل . وفى الفصول : القاضى إذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لأنه سألهم عما لايكلف بيانه فهو كالمعدوم . وقال رشيد الدين : ويخرج من هذا كثير من المسائل ، ولو ادعى ملكا مطلقا مؤرخا فقال قبضته منى منذ شهر فشهدوا بلا تاريخ لاتقبل وعلى العكس تقبل على المختار ، ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق ، وينبغى أن يستثنى ما إذا أرّخ . فى الخلاصة : ادعى دارا فى يد رجل أنها ملك أبيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لاتقبل إلا إذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبى ثم ورثتها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق . وإذا أرّخ أحد الشاهدين دون الآخر لاتقبل فى دعوى الملك المؤرخ وتقبل فى غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ، ولو كان للشراء شهران وأرّخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ، ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا أنه له منذ سنتين لاتقبل ، ولو قال منذ سنتين وشهدوا أنه له منذ سنة تقبل ، ولو ادعى أنه قبض منى عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض فى الحال وعليه شهدوا . وقدمنا من مسائل القبض شيئا . دار فى يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا وفى يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لأنها أكثر من المدعى به . ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لاتقبل ، وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال صدقوا لكنى بعت هذا البيت منها تقبل . وفى المحيط من الأقضيه وأدب القاضى للخصاف : إذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها تثبت الملك فى الماضى فيحكم به فى الحال ما لم يعلم المزيل . وقال العمادى : وعلى هذا إذا ادعى الدين وشهد شاهدان أنه كان له عليه كذا أو قالا بالفارسية أين مقدار « زر در دمه اين مدعى عليه بود مرين مدعى را » ينبغى أن تقبل كما فى دعوى العين انتهى . ونظيره فى دعوى العين ما ذكر رشيد الدين : إذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أن هذا ملكه فى الحال ولا يجوز للقاضى أن يقول « امروز ملك وى مى دانيت » انتهى . ومعنى هذا لايحل للقاضى أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم . نعم ينبغى للقاضى أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ، ذكره فى المحيط فيما إذا ادعى ملكا مطلقا فى عين فشهدوا أنه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا لملكه فى الحال ، أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك

. . . .

فى الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعى لكن ينبغى أن يسألهم القاضى إلى آخر ما ذكرنا وكذا إذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل ، هذا كله إذا شهدوا بالملك فى الماضى . أما لو شهدوا باليد له فى الماضى وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به فى ظاهر الرواية ، وإن كانت اليد تسوّغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه. وعن أبى يوسف يقضى بها ، وخرّج العمادى على هذا مانقل عن الواقعات . لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدى الإقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل ، وهذا غلط فإن مقتضاه أنه لافرق بين الشهادة بأنه كان له عليه أو له عليه ، والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه ، فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من أحدهما دون الآخر معنى . والذى يقتضيه الفقه أنهما إذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذى أقرّ به عندهما أو ثبت بطريق أفادهما ذلك أن لا يشهدا كما عرف فيما إذا علم شاهد الألف أنه قضاه منها خمسمائة لايشهد حتى يقر بقبضها والله أعلم . وعكس مانحن فيه لو ادعى فى الماضى بأن قال هذه الجارية كانت ملكى فشهدوا أنها له اختلف فى قبولها ، والأصح لاتقبل ، وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بأن شهدوا أنها كانت له لاتقبل لأن إسناد المدعى دليل على نفى ملكه فى الحال إذ لافائدة له فى الاقتصار على أن ملكه كان فى الماضى إلا ذلك ، بخلاف الشاهدين إذا أسندا ذلك لايدل على نفيهما إياه فى الحال لجواز قصدهما إلى الاحتراس عن الإخبار بما لا علم لهما به لأنهما لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل فى نفس الأمر فيحترس عنه الشاهد وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب . وفى الخلاصة : ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضى بالردىء ، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لاتقبل . وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لاتقبل . وعن هذا ذكر فى المسئلة المسطورة : وهى ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع أنه أشهدهما عليه بذلك والذى لى عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال فى الخلاصة : هو محمول على أنهم شهدوا على إقراره بذلك : أى إقرار المدعى عليه بثمن الجارية لأن مثله فى الإقرار يقبل لما ذكروا فى المسئلة المذكورة قبلها ، وفى الكفالة : إذا شهدوا أنه كفل بألف على فلان فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف فى السبب . ومثله ادعى أنه أجره دارا وقبض مال الإجارة ومات فانفسخت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الآجر أقرّ بقبض مال الإجارة تقبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة ، لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة ، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل ، ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار به فقد أطلق القبول فى المحيط والعدّة . وقال قاضيخان تقبل عند أبى يوسف . ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع إليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء ، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول للذى

(فصل فى الشهادة على الإرث)

(ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة

اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بينة على أنه بجهة القرض إن ادعاه، ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لاتقبل ، ولو شهدا جميعا بالإقرار قبلت ، ولوادعى شراء دار من رجل فشهدا أنه اشتراها من وكيله لاتقبل ، وكذا لو شهدا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع . ادعى عليه أنك قبضت من مالى جملا بغير حق مثلا وبين سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ماشهدوا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالدعوى . القسم الثانى : اختلاف الشاهدين . ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البائع به لاتقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما على أنه ملكه والآخر على إقرار ذى اليد أنه ملكه لاتقبل ، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لاتقبل . قال ظهير الدين : الرهن فى هذا كالغصب ، وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا بإقرار المودع قبلت ، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لاتقبل على قياس الغصب ، وعلى قياس القرض تقبل ، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقرّ بذلك تقبل لأن لفظ البيع فى الإخبار والإنشاء واحد . ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتنى إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط ، وقيل لا للاختلاف ، لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك والأول أوجه لأنه وإن كان إسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد . ولو شهد على إقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لاتقبل . وفى المحيط : ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذى اليد أنها له لاتقبل ، بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل ، بخلاف مالو شهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لاتقبل ، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل ، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت فى يده ، وإذا راجعت قاعدة التى أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرّجت كثيرا من الفروع ، والله سبحانه أعلم .

(فصل فى الشهادة على الإرث)

وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحىّ عن ميت على الشهادة بملك يتجدد لحىّ عن حى ظاهر (قوله ومن أقام بينة الخ) اختلف علماؤنا فى أنه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر

(فصل فى الشهادة على الإرث)

(فصل فى الشهادة على الإرث)

(قال المصنف « ومن أقام بينة على دار الخ » أقول : وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لايقضى للوارث حتى يشهد الشهود

أنه مات وتركها ميراثا له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورّث لايقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، خلافا لأبي يوسف رحمه الله . هو يقول : إن ملك الوارث ملك المورّث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ، وهما يقولان : إن ملك الوارث متجدد فى حق العين حتى يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ، ويحلّ للوارث الغنيّ ما كان صدقة على المورّث الفقير فلا بد من النقل ، إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده على ما نذكره ، وقد وجدت الشهادة على اليد فى مسئلة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن

والنقل وهو أن يقول الشهود فى شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعى . فعند أبي يوسف لا . وعند أبي حنيفة ومحمد نعم . وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله (هو يقول ملك المورّث ملك الوارث) لأنه يصير ملكه خلافة ، ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويردّ عليه ويصير مغرورا إذا كان المورّث مغرورا ، فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة إلى أمر زائد يشترط القضاء به له ، وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ، ولو شهدا أنها لأبيه لاتقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف ؛ فقيل تقبل عند أبي يوسف ، وقيل لاتقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد فى العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغنيّ ما كان تصدّق به على المورث الفقير) ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه

ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الأحكام المتعلقة بالأحياء بحسب مقتضى الواقع . واعلم أن العلماء اختلفوا فى الشهادة بالميراث ، هل تحتاج إلى الجر والنقل ، وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وتركها ميراثا له أو لا . قال أبو حنيفة ومحمد : لابد منه ، خلافا لأبي يوسف . هو يقول : إن ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ، وإن كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث . وهما يقولان ملك الوارث متجدد فى حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغنيّ ما كان صدقة على المورث الفقير ، والمتجدد محتاج إلى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة

أنه مات وترك ميراثا لأن الملك المورث قبل موته بزمان فبقاؤه إلى زمان الموت بطريق الاستصحاب ، والثابت بطريق الاستصحاب لايبتنى عليه غيره ؛ ألا يرى أنه لو ادعى ألفا فقال إن كان له على ألف درهم فامرأته طالق فشهد شاهدان بألف عليه عام أول يحكم بالمال دون الطلاق ، ولو شهدوا بالألف الآن يحكم بالطلاق ويمين حق الوارث ، بخلاف ما لو شهدوا أنه كان فى يد مودعه أو مستعيره عند الموت لأن يدهما يده كما لو شهد أنه كان له عام أول لأن الثابت يبقى مالم يوجد الدليل المزيل ولم يوجد ولم ينف شيء ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه فى الإرث فى الثابت بالاستصحاب ، والمعنى هذا لاماذكره الشراح أن ملك الوارث يتجدد استدلالا بوجوب الاستبراء فى الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث ، لأن الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد ؛ ألا يرى أن من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مرارا فإنه يستبرئها ، وإن لم يكن غير مستحدث وحل التناول لايتوقف على تجدد الملك ؛ ألا يرى أن المورث الذى اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالإرث أو غيره يحل ماعنده من الصدقات ولا تجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول : فإن الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف : مات وتركها ميراثا له) أقول : وهو المراد بالجر والنقل . قال الكاكى : ولهذا لو ادعى دينا على المورث وشهد أنه كان له على الميت دين لايقبل حتى يقولوا إنه مات وهو عليه ذكره فى القنية انتهى . ثم اعلم أنه أنث الضمير فى قوله وتركها بتأويل التركة (قال المصنف : ويحل للوارث الخ) أقول : قال الزيلعى : ولولا تجدد الملك لما حل له انتهى ؛ وفيه بحث فإنه من اجتمع عنده أموال

الجر والنقل (وإن شهدوا أنها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده جازت الشهادة) لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت .

لايشترط ذكر ذلك نصا بل إما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعى لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت.

إذا عرف هذا فالمسئلة التى ذكرها المصنف اتفاقية ،وهى قوله : ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فإنه يأخذها ولايكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له . أما على قول أبى يوسف فظاهر ، وأما على قولهما فلأن الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك ، وقد وجد الثانى فى مسئلة الكتاب لأنه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لأن يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه ، وقد طولبا بالفرق بين هذا وما إذا شهدا لمدعى ملك عين فى يد رجل بأنها كانت ملك المدعى أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن ، وكذا لو شهدا لمدعى عين فى يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يحتاج إلى بينة على ملكه ، فإذا شهدا بملكه قضى للمشترى به وإن لم ينصا على أنها ملكه يوم البيع ، وهذه أشبه بمسئلتنا ، فإن كلا من الشراء والإرث يوجب تجدد الملك . والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات مالم يكن وهو المحتاج إليه فى الوارث ، بخلاف مدعى العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده ، وبخلاف مسئلة الشراء فإن الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وإن كان لابد لثبوت ملك المشترى من بقائه لأن الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لايتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا إلى الشراء وهو ثابت بالبينة . أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ ، والله سبحانه أعلم . هذا إذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة (فلو شهدا أنها كانت فى يد أبيه مات وهى فى يده) والأب هو

وكذا على قيام يده لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت أن يسوى أسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب ، فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك . لايقال : قد تكون اليد يد أمانة ولاضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك ، لأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان ، وإذا ثبت هذا فمن أقام بينة على دار أنها له كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق . أما عند أبى يوسف فلأنه لايوجب الجر فى الشهادة ، وأما عندهما فلأن

الصدقة ثم استغنى بالإرث أوغيره يحل له أكل ماعنده من الصدقات ولا تجدد ملك (قال المصنف : لأن الأيدى عند الموت الخ) أقول : فى الكافى لأن الأيدى المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لأنها لاتخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة ، فإن كانت يد ملك فظاهر ، وكذا إذا كانت يد غصب لأنها تصير يد ملك ،لأن بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له ، وإن كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضا فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى . وفى قوله لأنها تصير يد ملك تسامح (قوله إذ الظاهر من حال المسلم) أقول : فى دلالته على المدعى تأمل إلا أن يتمم بقولنا فيكون تاركا الحفظ وترك الحفظ تعد فيوجب

(وإن قالوا لرجل حيّ نشهد أنها كانت فى يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك ؛ ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعى . وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهى متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول ، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف ، وبخلاف الآخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الردّ ، ولأن يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به ، وليس الخبر كالمعاينة .

المراد بلفظ فلان فى قول المصنف إنها كانت فى يد فلان : يعنى أبا الوارث المدعى جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لإثباتهما اليد للميت إلى حين الموت ، وبذلك يثبت الملك له لأن اليد وإن تنوّعت إلى يد غصب وأمانة وملك ، فإنها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك ، لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع إذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ، ولا يجتمع البدلان فى ملك مالك الوديعة والمغصوب منه ، ولا يلزم على هذا مالو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتّى مات ، أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش ، أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لاتقبل حتّى لايستحق الوارث شيئا من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الأشياء كانت فى يد المورث قبل الموت لأنها خرجت بقوله بواسطة الضمان ، وهذه الأمور ليست موجبة للضمان . قال التمرتاشى : لاتثبت اليد على المحل بهذه الأشياء حتّى لايصير غاصبا ولا يصير ذو اليد مقرا بذلك ، بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فإن اليد تثبت بها ويصير

قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجدت لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ، ومن أقام البينة أنها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده ، فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الأيدى عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته ، ومن أقامها أنها كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لم تقبل عندهما لعدم الجر ، وما قام مقامه ، وتقبل عند أبى يوسف بشهادتهم بملك المورّث (قوله وإن قالوا لرجل حيّ) مسئلة أتى بها استطرادا إذ هى ليست من باب الميراث ، وصورتها : إذا كانت الدار فى يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت فى يده لم تقبل . وعن أبى يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك ، ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بأن المدعى عليه أخذها من المدعى فإنها تقبل وترد الدار إلى المدعى . وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال فربما زالت بعد ماكانت ، وكل ماكان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر ، وقوله (وهى متنوعة) دليل آخر : أى اليد متنوعة إلى يد ملك وأمانة وضمان ، وكل ماكان كذلك فهو مجهول ، والقضاء بإعادة المجهول متعذر ، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف ، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ، ولأن يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ماكانت كالمعاين المحسوس عدم زواله

الضمان ويملكه فتدبر (قوله لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال الخ) أقول : قوله تزول بأسباب الزوال : يعنى بالبيع والهبة وغيرهما ، ولكن بقى هاهنا بحث لأن الملك أيضا يزول بأسباب الزوال فربما زال بعد ماكان ، والظاهر أن قوله اليد منقضية ليس دليلا مستقلا بل من بعض مقدماته . وتقريره أن يد المدعى زائلة الحال ولا يؤمر بالإعادة إليه إلا عند التيقن بكون الشىء حقا له ولم يتيقن بذلك لأن الأيدى مختلفة الخ (قوله ويد المدعى مشهود به) أقول : الظاهر أن يقال مشهود بها (قوله وليس المخبر به لاحتمال زواله) أقول : بل لاحتمال كذب الخبر فى نفسه .

(وإن أقرّ بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعى) لأن الجهالة فى المقرّ به لاتمنع صحة الإقرار (وإن شهد شاهدان

بها غاصبا . هذا إذا شهدا كذلك لميت، فلو شهدا لحيّ ادعى عينا فى يد رجل كذلك : أى شهدا أنها كانت فى يد هذا المدعى منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتا ، فعن أبى يوسف هى كالتى للميت فيقضى للمدعى بالعين المذكورة . وقالا : لايقضى بها للمدعى بهذه الشهادة . لأبى يوسف رحمه الله أن اليدمقصودة كالملك ، ولو شهدا فى هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعى تقبل على ماقدمنا فى الفروع استصحابا للملكه إلى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا ليده إلى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة . وجه الظاهر من قول أبى يوسف وهو وجه قولهما إن الشهادة مع كونها بيده منقضية شهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان ، ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول ، بخلاف مثلها فى الميت لأنه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فأمكن القضاء، وبخلاف الأخذ فإن له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه . قال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تردّه فيقضى به » وأيضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعى مشهود به مخبر عنه، وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعى . واستشكل ببينة الخارج مع ذى اليد، وكذا ببينة مدعى الملك المطلق مع ذى اليد حيث تترجح بينة الخارج ومدعى الملك . أجيب بأن ذلك مسلم فيما لايتنوّع كبينة الخارج ومدعى الملك المطلق بخلاف ما يتنوّع . وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة فى المقضىّ وهو فى التحقيق يصير إلى الوجه الأول ويبطل استقلال الثانى بتأمل يسير (قوله وإن أقرّ الخ) يعنى لو قال المدعى عليه بالدار التى فى يده هذه الدار كانت فى يد المدعى دفعت للمدعى ، وإن كانت اليد متنوعة لأن حاصل ذلك جهالة فى المقرّ به وهى لاتمنع صحة الإقرار بل يصح ويلزم بالبيان ، فإنه لوقال لفلان علىّ شىء صح ويجبر على البيان ، وكذا لوشهد شاهدان أن المدعى عليه أقرّ بأنها كانت فى يد المدعى تقبل لأن المشهود به الإقرار وهو معلوم ، وإنما الجهالة فى المقرّ به وهى لاتمنع صحة القضاء . كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان .

[تتمة] شرط الشهادة بالإرث أن يشهدوا أنه كان لمورثه ، فلوقالوا إنه لمورثه تقدم أن محمدا رحمه الله قال : لايصح ولم يحك خلافا ، لأن المورث إن كان حيا فالمدعى ليس خصما ، وإن كان ميتافإثبات الملك للميت حال المحال وتقدم قول بعضهم إنها تصح على قول أبى يوسف وهو غير بعيد لأنا نقطع بأن الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالأول ، ولا بد أن يدرك الشهود الميت لأن الشهادة على الملك لاتجوز بالتسامع ، ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لاتقبل مالم يقولوا لأبيه أو لأمه أو لهما لأن الإرث يختلف باختلاف الجهات، وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ماعرف فى الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء . وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لانعلم له وارثا سواه ، فإن كان ممن يرث فى حال دون حال لايقضى لاحتمال عدم

(قوله وإن أقرّ المدعى عليه) يعنى إذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت فى يد هذا المدعى دفعت إليه لأن الجهالة فى المقرّ به لاتمنع صحة الإقرار وكذا إذا شهد شاهدان بإقرار المدعى عليه بذلك دفعت إليه لأن المشهود

أنه أقرّ أنها كانت فى يد المدعى دفعت إليه) لأن المشهود به هاهنا الإقرار وهو معلوم .

(باب الشهادة على الشهادة)

قال (الشهادة على الشهادة

استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضى وينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضى بكله ، وإن كان نصيبه يختلف فى الأحوال يقضى بالأقل؛ فيقضى فى الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا لانعلم له وارثا غيره . وقال محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يقضى بالأكثر ، والظاهر الأول ، وليس الأصل أن لايكون له وارث ويأخذ القاضى كفيلا عندهما لاعنده على ماتقدم . ولو قالوا : لانعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبى حنيفة خلافا لهما .

[فروع] إذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لانعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الإرث ، وكذا إذا شهدوا أنه أخوه أوعمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لاتقبل حتى يبينا طريق الأخوة والعمومة : أى يبينا الأسباب المورثة للميت أنه لأب أو شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ، ويذكرا أيضا أنه وارثه ، وهل يشترط قوله ووارثه فى الأب والأم والولد ؟ قيل يشترط والفتوى على أنه لايشترط قوله وارثه ، وكذا كل من لايحجب بحال لايشترط قوله وارثه . وفى الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لابد من ذلك . وفى الشهادة أنه مولاه لابد من بيان أنه أعتقه ، ولا يشترط ذكر اسم أب الميت ، حتى لو شهدا أنه جدّ الميت أبو أبيه ووارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت . وفى الأقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثانى أحق بالميراث ، ولو شهدا أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان الآخر أنه ابن الميت لايبطل القضاء للأول بل يضمنان للابن ما أخذ الأول من الإرث ، ولو شهد آخران أن الثانى ابن الميت تقبل . وفى الزيادات : شهدا أن قاضى بلد كذا فلان بن فلان قضى بأن هذا وارث فلان الميت لاوارث له غيره فالقاضى يحتاط ويسأل المدعى عن نسبه ، فإن لم يبين أمضى القضاء الأول لعدم المنازع فى الحال ، فإن جاء آخر وبين أنه وارثه ، فإن كان أقرب من الأول قضى للثانى ، وإن كان أبعد منه لايلتفت إليه ، وإن زاحمه بأن كان مثلا الأول ابنا والثانى أبا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لإمكان العمل بهما .

(باب الشهادة على الشهادة)

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الأصول شرع فى بيان أحكام شهادة الفروع (قوله الشهادة على الشهادة)

به هو الإقرار وهو معلوم ، والجهالة فى المقرّ به وذلك لايمنع القضاء ، كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب الشهادة على الشهادة)

(باب الشهادة على الشهادة)

جائزة فى كل حق لايسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها ، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدّى إلى إتواء الحقوق ، ولهذا جوّزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت ، إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أومن حيث أن فيها زيادة احتمال ، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص

جائزة فى كل حق يثبت مع الشبهة) فخرج مالايثبت معها وهو الحدود والقصاص . فأما التعزير ففى الأجناس من نوادر ابن رستم عن محمد : يجوز فى التعزير العفو والشهادة على الشهادة . ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضى إلى القاضى لاتجوز فيه الشهادة على الشهادة ، وفى فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة فى الأقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شىء إلا الحدود والقصاص، وبقولنا هذا قال أحمد والشافعى فى قول ، وأصح قوليه وهو قول مالك : تقبل فى الحدود والقصاص أيضا لأن الفروع عدول ، وقد نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لابشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أى جواز الشهادة على الشهادة ، والقياس أن لاتجوز لأنها عبادة بدنية وجبت على الأصل وليست بحق للمشهود له حتى لاتجوز الخصومة فيها والإجبار عليها . والنيابة فى العبادة البدنية لاتجوز لأن كون قول إنسان ينفذ على مثله ويلزمه مانسبه إليه

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول فاستحقت التأخير فى الذكر ، وجوازها استحسان ، والقياس لايقتضيه لأن الأداء عبادة بدنية لزمت الأصل لاحقا للمشهود له لعدم الإجبار ، والإنابة لاتجرى فى العبادات البدنية إلا أنهم استحسنوا جوازها فى كل حق لايسقط بالشبهة لشدة الاحتياج إليها ، لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض ، فلو لم يجز لأدّى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوّزت وإن كثرت : أعنى الشهادة على الشهادة وإن بعدت (إلا أن فيها شبهة) أى لكن فيها شبهة البدلية لأن البدل لايصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وهذه كذلك . واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل ، لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز . وأجيب بأن البدلية إنما هى فى المشهود به ، فإن المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الأصول هو ماعاينوه مما يدعيه المدعى ، وإذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الأصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالفروع ، وإذا ثبت البدلية فيها لاتقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال . وقوله (أو من حيث أن فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية : يعنى أن فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال ، فإن فى شهادة الأصول تهمة الكذب لعدم العصمة ، وفى شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود بأن يزيدوا فى عدد الأصول عند إشهادهم حتى إن تعذر إقامة بعض قام بها

(قال المصنف : إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية الخ) أقول : فإن الشهادة عبادة بدنية ولا تجرى البدلية فى العبادة ، وليس فى وجه الاستحسان مايدفعه (قوله لعدم الإجبار) أقول : أى لعدم الإجبار على الشهادة (قوله أى لكن فيها شبهة البدلية) أقول : إنما قال شبهة البدلية لما سيجىء من أن البدلية حقيقة ليس إلا فى المشهود به أو الإضافة بيانية (قوله لعدم جوازه) أقول : فيه إعمال الضمير فى الظرف (قوله بين البدل والمبدل) أقول :كالتيمم والوضوء وغسل الرجل ومسحها (قوله وأجيب بأن البدلية الخ) أقول :ويجوز أن يجاب بأنه ليس فيما ذكره من الصور الجمع بين البدل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببدل عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر هكذا سنح بالبال الفاتر ، ثم رأيت فى شرح الكنز العلامة الزيلعى أنه أجاب بهذا فشكرت الله تعالى (قوله فإن المشهود به الخ) أقول : فعلى هذا يجب أن لايجوز الجمع بين ذينك المشهود بهما فليتأمل (قوله وإذا ثبت البدلية) أقول : أى شبهتها .

(وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) . وقال الشافعي رحمه الله : لايجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ،

وهو ينفيه ويبرأ منه إنما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما فى شهادة الأصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال ، فكيف إذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو فى شهادة الفرعين وإن اختلف محل الأداء ، لأن محله فى الأصلين فى إثبات حق المدعى وفى الفرعين مايشهدان به من شهادة الأصلين ثم يرجع إلى الحق المدعى به ، لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الأداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتها أهل الإجماع صيانة لحقوق الناس . لايقال : يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بأن يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعى . لأنا نقول : المدعى جازكونه وارث وارث صاحب الحق على مثله ، وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة إليها ، ولما كانت الحقوق منها مايحتاط فى إثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط فى درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلافا للشرع والمصنف علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية ، فأورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين ، إذ البدل لايجامع الأصل ولا شيئا منه . وأجيب بأن البدلية هنا بحسب المشهود به ، فإنا علمنا بثبوت المشهود به للأصول فيه شبهة كما ذكرنا ، وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لابحسب شهادة الأصول لأن شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه ، وبعد تحمله يرده إلى التعليل الآخر وهوكثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين ، وهو خلاف ما ذكره المصنف ، لاجرم أن أصل السؤال غير وارد لأنه إنما يرد على حقيقة البدلية والمصنف إنما قال فيه شبهة البدلية لاحقيقتها . فإن قيل : ذكر فى المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضى بلد كذا حد فلانا فى قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان . أجيب بأن لانقض ، فإن المشهود به فعل القاضى وهو مما يثبت مع الشبهات ، والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها ، فأورد أن فعل القاضى موجب لردها وردها من حده فهو موجب للحد . أجيب بالمنع بل الموجب لردها إن كان من حده مايوجب الحد والذى يوجبه هو القذف نفسه على أن فى المحيط ذكر محمد فى الزيادات لاتقبل هذه الشهادة (قوله وتجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) يعنى إذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على شهادة هذا وشهادتهما أيضا على شهادة الآخر ، أما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الأصل الآخر فلا يجوز إلا على قول مالك على ما نقل عنه فى كتب أصحابنا لكن فى كتب أصحابه أنه لايجوز . وفى الجملة أن على قول أحمد وابن أبى ليلى وابن شبرمة والحسن البصرى والعنبرى وعثمان البتى وإسحاق تجوز الشهادة ، لأن الفرع قائم مقام الأصل بمنزلة رسوله فى إيصال

الباقون ، فلا تقبل فى الحدود والقصاص . قوله (ويجوز شهادة شاهدين) أى يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين . وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز إلا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان ، لأن كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما

. . . .

ولنا قول عليّ رضى الله عنه : لايجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ،ولأن نقلشهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا ، وهو حجة على مالك رحمه الله ، ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة (وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل

شهادته إلى مجلس القضاء فكأنه شهد بنفسه واعتبروه برواية الأخبار (ولنا ما روى عن عليّ رضى الله عنه : لاتجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين) ذكره المصنف وهوبهذا اللفظ غريب . والذى فى مصنف عبدالرزاق : أنا إبراهيم بن أبى يحيى الأسلمى عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن عليّ قال : لايجوز على شهادة الميت إلا رجلان . وأسند ابن أبى شيبة : حدثنا وكيع عن إسماعيل الأزرق عن الشعبى قال : لاتجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ، ولأن شهادة كل من الأصلين هى المشهود بها فلابد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الأصول لايجوز على شهادتها إلا رجلان أو رجل وامرأتان . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لاتجوز ، واختاره المزنى لأن الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرأتين ، ولا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام الرجل الواحد لايقضى بشهادتهما ، ولأن أحدهما لو كان أصلا فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل الآخر لاتجوز اتفاقا ، فكذا إذا شهدا جميعا على شهادة الأصلين . وفى قول آخر للشافعى تجوز كقولنا ، وهوقول مالك وأحمد لما روينا من قول عليّ رضى الله عنه فإنه بإطلاقه ينتظم محل النزاع ، ولأن حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الأصلين ، ثم شهد بحق آخر هو شهادة الأصل الآخر ، ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة ، بخلاف أداء الأصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الأصل الآخر مع آخر ، فإنه إنما لايجوز لأن فيه يجتمع البدل والمبدل منه ، بخلاف مالوشهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر حيث يجوز . وقوله (وهو حجة على مالك) فيه نظر ، إذ كتبهم ناطقة بأن شهادة الواحد على الأصل لاتجوز ، وما ذكره المصنف رواية عنه ، وإنما نقل هذا عمن تقدم ذكره فى الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول ، وكرواية الأخبار . ويدفعه ماذكرنا عن عليّ رضى الله عنه ولأن كل واحد حق فلا يثبت إلا باثنين . وذكر فى المستوعب للحنابلة عن أحمد : لابد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الأصلين (قوله وصفة الإشهاد) أى إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الأصل له

قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما (ولنا قول عليّ رضى الله عنه : لايجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين) فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان (ولأن نقل الشهادة) معطوف على قوله ولنا قول عليّ معنى ، ومعناه أن نقل شهادة الأصل حق من الحقوق ، فإذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ، ثم إذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الأول ، بخلاف شهادة المرأتين فإن النصاب لم يوجد لأنهما بمنزلة رجل واحد ، ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك . قال : الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله فى إيصال شهادته إلى مجلس القاضى ، فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الإخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة . ولنا مارويناه عن عليّ رضى الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ، ولأنه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الأخبار قال(وصفة الإشهاد أن يقول : شاهد الأصل الخ) لما فرغ من بيان وجه مشروعيتهاوكمية الشهود الفروع شرع فى بيان كيفية الإشهاد وأداء الفروع فقال : وصفة الإشهاد أن يقول : شاهد الأصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندى بكذا

(قوله فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ) أقول : ينظر فيه .

لشاهد الفرع : اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندى بكذا وأشهدنى على نفسه) لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر . ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضى لينقله إلى مجلس القضاء (وإن لم يقل أشهدنى على نفسه جاز) لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة . وإن لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) لأنه لابد من شهادته ، وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل ، ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه ،

للحنابلة عن أحمد : لابد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الأصلين (قوله وصفة الإشهاد) أى إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الأصل له اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندى بكذا وأشهدنى على نفسه) وإنما شرط إشهاد الأصل الفرع فى شهادة الفرع (لأنه كالنائب عنه فلابد من الاستنابة) وذلك بالتحميل ، بخلاف شهادة الأصل تجوز على المقرّ وإن لم يحمله ، وكذا كل من شاهد أمرا غير الشهادة له أن يشهد به وإن لم يحمل كالإقرار والبيع والغصب (على مامر) يعنى فى فصل ما يتحمله الشاهد ، وإنما لم يقل لأنه نائبه لأنه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة أصل وأصل لامتناع الجمع بين الأصل والخلف لكنه جائز . وقوله (ولابد أن يشهد) أى شاهد الأصل عند الفرع (كما يشهد) شاهد الأصل (عند القاضى لينقله الفرع إلى مجلس القضاء وإن لم يذكر) شاهد الأصل فى شهادته عند الفرع . قوله (وأشهدنى) يعنى المقر (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا آنفا من الفرق . وإذا وقع التحميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) فلا بد من ذكر الفرع جرّ شاهد الأصل فلزم فيه خمس شينات ، وذلك (لأنه لابد للفرع من شهادته وذكر شهادة الأصل والتحميل) قال المصنف (ولها) أى لشهادة الأداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر)

وأشهدنى على نفسه لأن الفرع كالنائب عن الأصل فلا بد من التحمل والتوكيل على مامر ، وإنما قال كالنائب عنه لما مر أن الفرع ليس بنائب عن الأصل فى شهادته بل فى المشهود به ، ولابد أن يشهد الأصل عند الفرع كما يشهد الأصل عند القاضى لينقله مثل ماسمعه ، ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضى ، والأول أوضح لقوله لينقله إلى مجلس القضاء ، وإن لم يقل الأصل عند التحميل أشهدنى على نفسه جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد . قال (ويقول شاهد الفرع الخ) هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة (يقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك لأنه لابد من شهادته : أعنى الفرع وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل) والعبارة المذكورة تفى بذلك كله وهو أوسط العبارات (ولها) أى لشهادة الفروع عند الأداء (لفظ أطول من هذا) وهو أن يقول الفرع عند القاضى أشهد أن فلانا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدنى على شهادته فأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس شينات (وأقصر منه) وهو أن يقول الفرع عند القاضى أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ، ولا يحتاج إلى زيادة شىء وهو اختيار الفقيه

(قوله وذكر التحميل) أقول : يكفى فى ذكر التحميل أشهدنى على شهادته أو أشهد على شهادتى فأحدهما مغن عن الآخر فينبغى أن يكتفى بثلاث شينات

وخير الأمور أوسطها (ومن قال أشهدنى : فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى) لأنه لابد من التحميل ، وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعا حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع ، وكذا عندهما

أما الأطول فأن يقول : أشهد أن فلانا شهد عندى أن فلانا على فلان كذا وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات ، وأما الأقصر فأن يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بأن فلانا أقرّ عنده بكذا ففيه شينان ، وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذه أبى جعفر ، وحكى فتوى شمس الأئمة السرخسى به ، وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة . وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل ، فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له . قال فى الذخيرة : فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل ، وكلام المصنف يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاه ، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ، ثم قال (وخير الأمور أوساطها) وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر وهو ثلاث شينات . قال : ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ، ثم قال : وما ذكر صاحب الكتاب : يعنى القدورى أولى وأحوط . ثم حكى خلافا بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف فى أن قوله وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه ، وعند أبى يوسف يجوز . قال : وجه قولهما أنه لما لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ، ويحتمل أنه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثانى بالشك . ولأبى يوسف أن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيجعل لذلك على التحميل انتهى . والوجه فى شهود الزمان القول بقولهما وإن كان فيهم العارف المتدين ، لأن الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم ، وقولهم فى إعطاء الصور : أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل ، وإلا فلابد أن يعرف شاهد الأصل . قال فى الفتاوى الصغرى : شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة (قوله ومن قال أشهدنى الخ) أى إذا قال شاهد عند آخر أشهدنى فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع أن يشهد على شهادته

أبى الليث وأستاذه أبى جعفر ، وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير (ومن قال أشهدنى فلان على نفسه) لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى لأنه لابد من التحميل) بالاتفاق . أما عند محمد فلأن القضاء عنده يقع بشهادة الأصول والفروع حتى إذا رجعوا جميعا اشتركوا فى الضمان : يعنى يتخير المشهود عليه بين تضمين الأصول والفروع ، وذلك إنما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمره . وأما عندهما فلأنه وإن لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد إنسانا على نفسه ثم منعه من الأداء لم يصح منعه وجاز له أن يشهد على شهادته لكن لابد له من نقل شهادة الأصول إلى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فإنها ليست بحجة فى نفسها مالم تنقل ، ولابد للنقل من التحميل . ولقائل أن يقول : كلام المصنف مضطرب لأنه جعل المطلوب فى كلامه التحميل ، واستدل

(قوله يعنى يتخير المشهود عليه) أقول : كما يجىء فى باب الرجوع عن الشهادات .

لأنه لابد من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر تحميل ماهو حجة .

حتى يقول له اشهد على شهادتى بذلك . ووجهه المصنف بأنه لابد من التحميل . أما عند محمد فلأنه يقول باشتراك الأصول والفروع فى الضمان إذا رجعوا ، ومعنى هذا أن محمدا يخير المشهود عليه بين تضمين الفروع والأصول ، وليس المراد مايعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معا ، فإن اختار تضمين الفروع لايرجعون على الأصول ، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب بتخير المغصوب منه فى تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن الغاصب رجع على غاصبه ، وأما عندهما قال فلأنه لابد من التحميل (لأنه لابد من النقل) يعنى إلى مجلس القاضى (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ماهو حجة) يعنى شهادة الأصول ، وهذا الكلام يقتضى أن وجوب التحميل لوجوب النقل ، والنقل لايتحقق إلا بالتحميل ، حتى لوسمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتى إلى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لأنه إنما حمل غيره بحضرته ، فإذا نقل ظهر للقاضى أنه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة ، بخلاف مالو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فإنه يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل لأن قضاءه حجة كالبيع والإقرار ، بخلاف الشهادة ليست نفسها حجة حتى تصل إلى القاضى . ولقائل أن يقول : كون النقل إلى القاضى والحجية تتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج إلى دليل إن لم يكن فيه إجماع الأمة ، وهو منتف على الأصح

عليه بقوله لأنه لابد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب ، وذلك يقتضى أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لايكون إلا بالتحميل . ذكر فى الفوائد الظهيرية قولهم فى هذا الموضع لأن الشهادة لاتكون حجة إلا فى مجلس القاضى فلا يحصل العلم للقاضى بقيام الحق بمجرد شهادة الأصل مزيف ، لأن الفرع لايسعه الشهادة على الشهادة ، وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضى فى مجلسه فلابد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لاتجوز إلا بالتحميل والتوكيل . ووجه ذلك أن الأصل له منفعة فى نقل الفرع شهادته من وجه ، وهو أن الشهادة مستحقة على الأصل يجب عليه إقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين . ومن عليه الدين إذا تبرع إنسان بقضائه عنه يجوز وإن لم يكن بأمره ، فباعتبار هذا لايشترط الأمر لصحتها ، غير أن فيها مضرة من حيث أنها جهة فى بطلان ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه وإبطال ولايته بدون أمره مضرة

(قال المصنف : فيظهر تحميل ما هو حجة) أقول : فيه بحث ، فإن المقصود إثبات وجوب التحميل ، فمن أين يثبت وجود التحميل حتى ما هو حجة ، ولايبعد أن يجعل التحميل بمعنى التحمل كما فى قوله تعالى ـ بفاحشة مبينة ـ يصح الكلام حينئذ على ما أشار إليه الشيخ أكمل الدين فى فصل مايتحمله الشاهد . وقال الإتقانى : قوله فيظهر بالنصب جواب النفى وهو قوله لابد ، ويجوز أن يقال إنه عطف على قوله ليصير اه وفيه بحث (قوله وذلك يقتضى أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل الخ) أقول : هذا مسلم ، بل اللازم ظهور كون التحمل بما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم فى هذا الموضع الخ) أقول : على مامر فى الهداية فى فصل مايتحمله الشاهد ، وأشار إليه هنا . ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيفا (قوله فلا يحصل العلم للقاضى) أقول : هكذا فيما ظفرنا به من نسخ العناية ومعراج الدراية ، ولعله سهو ، والصحيح فلا يحصل العلم للفرع (قوله لأن الفرع لايسعه ، إلى قوله : عند القاضى فى مجلسه) أقول : فيه بحث فإنه لو أراد أنه لايسعه بعد ماشهد فى مجلس القاضى ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك ، إلا أنه لايلزمهم ، فإن مرادهم أنها لاتكون حجة إلا فى مجلس القاضى إذا حكم بموجبها ، وإن أراد أنه لا يسعه بعد الحكم بها فذلك لكونها لغوا من الكلام إذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضى حينئذ فليتأمل (قوله ووجه ذلك أن الأصل الخ) أقول مراد القوم أيضا ليس إلا ذلك كما لايخفى على ذى تأمل ، فإن الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى فما لم يحكم القاضى بشهادته لا يظهرن للأصول ولاية ولا يوجد إبطال ولايته ، فقولهم لايكون حجة إلا فى مجلس القاضى إشارة إلى هذا

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لأن جوازها للحاجة ، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز . وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس ، قالوا : الأول أحسن

عند الشافعية وإلا فالاتفاق على أن من سمع إقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وإن لم يشهده ، بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فإخراج الإقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان يحتاج إلى دليل من الشرع . وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه أمرا آخر وهو أن الأصل له منفعة في نقل شهادته ، فإن شهادته حق عليه يلزمه أداؤه إذا طلب منه من هي له ، ومقتضى هذا أن لا يحتاج إلى التوكيل والتحميل لأن من عليه دين إذا تبرع إنسان بقضاء دينه جاز وإن لم يكن بأمره لكن فيها مضرة إهدار ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية إنكاح صغيرة لو نكحها إنسان لا بأمره لا يجوز ذلك (قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام) ولياليها (فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لأن جوازها للحاجة ، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز ، وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة) فقدرت بمسافة اعتبرها الشرع بعيدة حتى أثبت رخصا عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الأضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لا يستطيع أن يبيت في أهله لو غدا لأداء الشهادة صح شهادة الفروع إحياء لحقوق الناس ، قالوا : الأول أحسن) يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع

في حقه ، فباعتبار هذا يشترط الأمر وصار كمن له ولاية في إنكاح الصغيرة إذا أنكحها أجنبي بغير أمره لا يجوز لما فيه من إبطال الولاية عليه . وهذا كلام حسن لسد الخلل . وأما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها إشعار بالمطلوب ، وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد ، والله أعلم . قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الخ) قد تقدم أن مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز ما لم يوجد ولا تقبل إلا أن يموت الأصول أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضا يمنعهم الحضور إلى مجلس الحكم لأن الحاجة تتحقق بهذه الأشياء لعجز الأصول عن إقامتها ، وإنما اعتبر السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة أحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الأضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج (وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح له الإشهاد) دفعا للحرج ، و(إحياء لحقوق الناس قالوا : الأول) أي التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لأن العجز شرعا

(قوله لما فيه من إبطال الولاية عليه) أقول : إلى هنا كلام الفوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول : في فصل مايتحمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجعه (قال المصنف : وبهذه الأشياء الخ) أقول : الظاهر أن تقديم الجار لإفادة الحصر (قال المصنف : والثاني أرفق) أقول : أي بأرباب الحقوق من الناس فإن الشهود ربما لا يقيموا الحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فيتوى الحقوق خصوصا في ذلك الزمان الذي تغير التواني في الأمور الدينية أو المراد الرفق بالشهود حيث لا يكلف ما فيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الأول بشهادة السياق .

والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث. قال(فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز) لأنهم من أهل التزكية (وكذا إذا شهد شاهدان فعدّل أحدهما الآخر صح)

(والثانى أرفق إحياء لحقوق الناس) وفى الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية (وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وذكره محمد فى السير الكبير . وعن محمد: تجوز الشهادة كيفما كان حتى روى أنه إذا كان الأصل فى زاوية المسجد فشهد الفرع فى زاوية أخرى تقبل . وقال الإمام السرخسى وغيره : يجب أن تجوز على قولهما خلافا لأبى حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم ، وعنده لا إلا برضاه وإلا قطع ، صرح به عنهما فقال : وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل وإن كانوا فى المصر .

[فروع] خرس الأصلان أو عميا أو جنا أو ارتدّا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع ، وتجوز شهادة الابن على شهادة الأب دون قضائه فى رواية ، والصحيح الجواز فيهما . ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح ، وتقبل الشهادة فى النسب وكتاب القاضى إلى القاضى . وفى الأصل : لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه فى ذلك الحق فهو باطل ، لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة ، لأنها لو قبلت ثبت بشهادة الأصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الأصل الغائب ، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق ، كذا ذكره الإمام السرخسى . ولم يزد فى شرح الشافى على تعليله بأن شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان ، بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح . ولو شهدا على شهادة رجلين بشىء ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الأصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهى عند عامة المشايخ . وقال بعضهم : لا يصح ، والأظهر الأول . وتقبل الشهادة على الشهادة وإن كثروا . سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما أن يشهدا أن القاضى قضى عليه وإن كانا سمعا من القاضى فى المصر أو سواده فى رواية الحسن عن أبى حنيفة وهو الأقيس وعن أبى يوسف : لا يجوز إن سمعاه فى غير مجلس القاضى ، وهذا أحوط (قوله فإن عدل شهود الأصل الخ) شهود الأصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل . والحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضى عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة ، وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوهم جاز لأنهم من أهل التزكية فتقبل (وكذا لو شهدا اثنان فعدّل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضى (الآخر جاز) خلافا لقول بعض المشايخ إنه لا يجوز لأنه متهم

يتحقق به كما فى سائر الأحكام التى عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان أحسن (والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ . وروى عن أبى يوسف ومحمد أنها تقبل وإن كانوا فى المصر لأنهم ينقلون قولهم فكان كنقل إقرارهم (فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرعين إذا شهدا على شهادة أصلين فهو على وجوه أربعة : إما أن يعرفهما القاضى أو لا يعرفهما ، أو عرف الأصول دون الفروع أو بالعكس ، فإن عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما ، وإن لم يعرفهما يسأل عنهما ، وإن عرف الأصول دون الفروع يسأل عن الفروع ، وإن عرف الفروع يسأل عن الأصول ، فإن عدل الفروع الأصول تثبت عدالتهم بذلك فى ظاهر الرواية لأنهم من أهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة (وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح

لما قلنا ، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه ، كيف وأن قوله فى حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة . قال (وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضى فى حالهم) وهذا عند أبى يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل . ولأبى يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل ، لأنه قد يخفى عليهم ، وإذا نقلوا يتعرف القاضى العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا .

فى ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته ، وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله (غاية الأمر أن فيه منفعة إلى آخره ، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه) يعنى أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهى القضاء بها ، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (وإن سكتوا) أى الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضى (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضى) فى حال الأصول ، فإن عدلهم غيرهم قضى وإلا لا (وهذا عند أبى يوسف . وقال محمد) إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها نقل شهادة ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولأبى يوسف أن المأخوذ) أى الواجب (على الفروع ليس إلا نقل) ما حملهم الأصول (دون تعديلهم) فإنه قد يخفى حالهم عنهم . فإنهم إذا نقلوا ما حملوهم على القاضى أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كما لو حضر الأصول بأنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضى الفروع عن الأصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية إن كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم ، فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى تعرف حالهم من غيرهم ، كذا ذكر الخلاف الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف وصاحب الهداية .

لما قلنا) إنه من أهل التزكية ، وقوله (غاية الأمر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما ، فأشار إلى رده بقوله غاية الأمر : أى غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال : ينبغى أن لا يصح تعديله لأنه متهم بسبب (أن فى تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضى قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه) فإنه يحتمل أن يقال : إنما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضى قوله على موجب ما شهد به وإن لم يكن له شهادة فيه فى الواقع (كيف) يكون ذلك مانعا وأنه ليس له فى الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل (لأن قوله فى نفسه مقبول وإن ردت شهادة صاحبه) حتى إذا انضم إليه غيره من العدول حكم القاضى بشهادتهما (فلا تهمة ، وإن سكتوا عن تعديلهم) وقالوا لا نخبرك (جازت) شهادتهم (و) لكن (ينظر القاضى فى حال الأصول) بأن يسأل من المزكين غير الفروع (عند أبى يوسف رحمه الله . وقال محمد : لا تقبل) شهادة الفروع (لأنه لا شهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل . ولأبى يوسف أن المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الأصول لأن التعديل قد يخفى عليهم فإذا نقلوا فقد أقاموا ما وجب عليهم . ثم القاضى (يتعرف العدالة كما إذا حضر الأصول بأنفسهم فشهدوا) وإذا قالوا لا نعرف أن الأصول عدول أو لا ؟ قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء ، وكأنه أشار إليه بقوله فإذا لم يعرفوها . وقال شمس الأئمة الحلوانى : لا يرد القاضى شهادة الفروع ويسأل عن الأصول غيرهما وهو الصحيح ، لأن شاهد الأصل بقى مستورا

(قوله وكأنه أشار إليه الخ) أقول : وجه الإشارة أنهم لو عرفوها لأخبروا بها ، نعم لو قال : فإذا لم يخبروا بها لكان أوضح فى ذلك .

قال (وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الشهود الفرع) لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم ، وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا :

وذكر شمس الأئمة فيما إذا قال الفروع حين سألهم القاضي عن عدالة الأصول لانخبرك بشيء لم تقبل شهادتهما : أى الفروع فى ظاهر الرواية ، لأن هذا ظاهر فى الجرح كما لو قالوا نتهمهم فى هذه الشهادة . ثم قال : وروى عن محمد رحمه الله أنه لايكون جرحا . لأنه يحتمل كونه توقيفا فى حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى . وعن أبى يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما . ولو قالا : لانعرف عدالتهما ولا علمها ، فكذا الجواب فيما ذكره أبو على السغدى . وذكر الحلوانى أنها تقبل ويسأل عن الأصول وهو الصحيح لأن الأصل بقى مستورا فيسأل عنه . وذكر هشام عن محمد فى عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدرى أهو على عدالته أم لا؟ فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ، إن كان الأصل مشهورا كأبى حنيفة وسفيان الثورى قضى بشهادتهما عنه لأن عثرة المشهور يتحدث بها ، وإن كان غير مشهور لايقضى به ، ولو أن فرعين معلوما عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لاخير فيه وزكاه غيرهما لاتقبل شهادتهما ، وإن قال ذلك أحدهما لايلتفت إلى جرحه . وفى التتمة : إذا شهد أنه عدل وليس فى المصر من يعرفه ، فإن كان ليس موضع للمسألة : يعنى بأن تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من يسألهما عنه سرا ، فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبراه علانية (قوله وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لأن إنكارهما الشهادة إنكار للتحميل وهو شرط فى القبول فوقع فى التحميل تعارض خبرهما بوقوعه ، وخبر الأصول بعلمه ولا ثبوت مع التعارض (قوله وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم) هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه . فيقولان قد أخبرانا أنهما يعرفانها ويجيئان بامرأة فيقولان لاندرى هى هذه أم لا ؟ قال : يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلانة الفلانية بعينها فأجيز الشهادة . والمصنف أفرد فقال (فجاء بامرأة) يعنى المدعى جاء بها

(وإن أنكر شهود الأصول الشهادة) بأن قالوا مالنا فى هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم (لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الأصول وخبر الفروع ، وهو) أى التحميل (شرط) صحة شهادة الفروع . قال (وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ) إذا شهد فرعان على شهادة أصلين (على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا أخبرانا) الأصلان (أنهما يعرفانها فجاء المدعى بامرأة وقالا)

(قال المصنف : وإن أنكر شهود الأصل الشهادة) أقول : قال الزيلعى : أى الإشهاد ، ومعناه : إذا قال شهود الأصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لأن التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين اه . وفى الكافى: معنى المسئلة أنهم قالوا مالنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة، أما مع حضرتهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا انتهى. فظهرما ذكره الزيلعى وما فى الكافى أن الحكم واحد، سواء أنكر الأصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا إشهادهم الفروع على شهادتهم . نعم ظاهر كلام الهداية على ما صوره فى الكافى لاعلى ما صوره الزيلعى، فإنه قال الشهادة لاالإشهاد (قول المصنف فجاء بامرأة الخ) أقول: لعل الفاء للترتيب الذكرى إذ لايسمع الشهادة قبل حضور الخصم، أو قوله شهد الرجلان بمعنى أرادا الشهادة ، ولعل هذا هو الأول، ويدل عليه قول الإمام التمرتاشى ليمكن للشاهد الإشارة إليها فى الشهادة .

لاندرى أهى هذه أم لا فإنه يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لأن الشهادة على المعرّفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بدمن تعريفها بتلك النسبة ، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى لابد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها فى يد المدعى عليه ، وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة فى الشهادة حدود ما فى يده . قال (وكذا كتاب القاضى إلى القاضى)

وهو أنسب وهذا (لأن الشهادة) بالألف (على المعرّفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للفروع (والمدعى يدعى) الألف (على حاضرة جاز كونها غيرها فلابدمن تعريف الحاضرة بتلك النسبة) التى بها شهدا بالألف عليها . قال المصنف (ونظير هذا إذا تحملوا شهادة ببيع محدودة) قال قاضيخان : وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا فى بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أن هذه الأرض المحدودة بهذه الحدود فى يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء. وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال : تحملوا الشهادة ببيع محدود . وذكر التمرتاشى رحمه الله : وصار كرجل ادعى محدودا فى يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفى يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذى فى يدى غير محدود بهذه الحدود التى ذكرها الشهود يقال للمدعى هات شاهدين أن الذى فى يده محدود بهذه الحدود. ثم تصوير المصنف يصدق فيما إذا كان المدعى شفيعا والمحدود فى يد المشترى فادعاه لطلب الشفعة فقال المشترى العين الذى فى يدى بطريق الشراء ليس بهذه الحدود . ثم قال المصنف (قال) يعنى محمدا فى الجامع الصغير (وكذلك كتاب القاضى إلى القاضى فإنه ذكر فيه المسألتين فإنه قال بعد قوله فأجيز الشهادة ، وكذلك كتاب القاضى إلى القاضى بشهادة

الفرعان (لانعلم أهى هذه أم لا يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها هى ، لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة . ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى) بعد ما أنكر أن يكون المحدود بها فى يده (لابد من) شاهدين (آخرين يشهدان بأن المحدود بها فى يد المدعى عليه ، وكذا إذا قال المدعى عليه الذى فى يدى غير محدود بهذه الحدود ، وكذلك إذا كتب قاضى بلد إلى آخر) شاهدان شهدا عندى أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فأحضر المدعى فلانا فى مجلس القاضى المكتوب إليه ودفع إليه الكتاب يقول القاضى هات شاهدين يشهدان أن هذا الذى أحضرته هو فلان المذكور فى هذا الكتاب لتمكن الإشارة إليه فى القضاء ،

(قال المصنف : ونظير هذا ، إلى قوله : فى يد المدعى عليه) أقول : قال فى النهاية : ثم فائدة كون المحدود فى يد المشترى حالة الدعوى تظهر إذا ادعى الشفيع أن فلانا باع والمحدود فى يد المشترى ولى حق الشفعة ، وأما لو كان المدعى هو البائع يطالب المشترى بالثمن فلاحاجة إلى كون المبيع فى يد المشترى لأن البائع ولاية مطالبة الثمن من المشترى سواء كان فى يد البائع أو فى يد المشترى انتهى . ويظهر أيضا إذا ادعى المدعى الاستحقاق وإثبات البيع حينئذ لأن كون المحدود البائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه يدفعه بناء عليه بأن يده ليست يد خصومة ، ولا يندفع ذلك إلا بإثبات الشراء فتأمل (قوله فجاء المدعى بامرأة) أقول : أنكرت أنها إياها (قوله ونظير هذا إذا تحملوا ، إلى قوله : فى يده الخ) أقول : فيه أن دعوى العقار لابد أن يشهدوا على كون المدعى فى يد المدعى عليه وإن اعترف هو به على ماسيجىء (قوله الذى فى يدى الخ) أقول : قوله الذى فى يدى مبتدأ ، وقوله غير محدود خبره (قوله ودفع إليه الكتاب الخ) أقول : وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان .

لأنه فى معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا فى هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها) وهى القبيلة الخاصة ، وهذا لأن التعريف لابد منه فى هذا . ولا يحصل بالنسبة إلى العامة وهى عامة إلى بنى تميم لأنهم قوم لا يحصون ،

شاهدين . وقال أبوحنيفة رحمه الله (إن قالا فى هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها) إلى هنا لفظ الجامع الصغير : يعنى أن القاضى إذا كتب فى كتابه إلى القاضى الآخر أن شاهدين عدلين شهدا عندى أن لفلان بن فلان الفلانى على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فأحضر المدعى امرأة فى مجلس القاضى المكتوب إليه وقال هى هذه يقول له المكتوب إليه هات شاهدين يشهدان أن التى أحضرتها هى فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة فى هذا الكتاب لتمكن الإشارة إليها فى القضاء عليها . وقوله (إلا أن القاضى الخ) جواب عن مقدر وهو أنه إذا كان فى معنى الشهادة على الشهادة ينبغى أن لا يقبل قول القاضى وحده لأنه كشاهد الفرع شهد على الأصول بما شهدوا به فقال إن للقاضى زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل. ثم قال المصنف :قال : ولو قالوا فى هذين فافظ قال أيضا على ماذكرنا من قول المصنف نقلا للفظ الجامع على مانقلناه آنفا : أى قال فى الجامع : قال أبو حنيفة :لو قالوا فى هذين البابين : أى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى هى فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها إلى فخذها ، يريد القبيلة الخاصة التى ليس دونها أخص منها ، وهذا على أحد قولى اللغويين وهو فى الصحاح .وفى الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن و أنه بتسكين الخاء والجمع أفخاذ ، وجعله فى ديوان الأدب بكسر الخاء وأنه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال : والعرب على ست طبقات : شعب ، وقبيلة ، وعمارة ، وبطن ، وفخذ ، وفصيلة ؛ فالشعب تجمع القبائل ، والقبيلة تجمع العمائر ، والعمارة تجمع البطون ، والبطن تجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل ؛ فمضر شعب وكذا ربيعة و مذحج وحمير ، وسميت شعوبا لأن القبائل تتشعب منها ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصىّ بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة . وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها ، ولهذا قال تعالى ـ وفصيلته التى تؤويه ـ وقدمنا فى فصل الكفاءة من ذكر بعد

(لأنه) أى كتاب القاضى إلى القاضى (فى معنى الشهادة) على الشهادة (إلا أن القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل) فلا يلزم ماقيل تمثيل كتاب القاضى إلى القاضى بشهادة الفروع غير مناسب ، إذ العدد من شأنهم دون الكتاب لأن ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود فى هذين البابين) يعنى باب الشهادة وباب كتاب القاضى (فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهى القبيلة الخاصة) يعنى التى لا خاصة دونها .قال فى الصحاح الفخذ آخر القبائل الست : أولها الشعب ، ثم القبيلة ، ثم الفصيلة ، ثم العمارة ، ثم البطن ، ثم الفخذ . وقال فى غيره : إن الفصيلة بعد الفخذ ؛ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل، والقبائل تجمع العمائر ، والعمارة بكسر العين تجمع البطون ، والبطن يجمع الأفخاذ ، والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أى عدم الجواز (لأن التعريف لابد منه ، ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة) بالنسبة إلى بنى تميم لأنهم قوم لا يحصون فكم تكون بينهم نساء

(قوله قال فى الصحاح : الفخذ آخر القبائل الخ) أقول : هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركا أو مجازا على سبيل التغليب (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول : والظاهر أن يقال والقبيلة الخ .

ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة . وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة ، (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة ، وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة . ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى ، والله أعلم .

(فصل)

الفصيلة العشيرة . والعمارة بكسر العين ، والشعب بفتح الشين ، وأسامينا هناك ذكرها منظومة فى شعر . ثم إنما لم يكتف بذكر نحو التميمية لأنها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك . ونقل فى الأصول عن قاضيخان : إن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج إلى ذكر الجد، وإن كان لا يحصل بذكر الأب والجد لا يكتفى بذلك . وفى الفصل العاشر من فصول الاستروشنى : رأيت بخط ثقة : لو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل. وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء. فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكفى ؟ فيه اختلاف المشايخ ، والصحيح أنه لا يكفى . وفى اشتراط ذكر الجد اختلاف ، فإذا قضى القاضى بدون ذكر الجد ينفذ لأنه وقع فى فصل مجتهد فيه ، قال : كذا رأيت فى بعض الشروط . ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضى لأنه قد لا يعرفه ، ولو نسبه إلى مائة جد وإلى صناعته ومحاته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك ، فإنه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما ، فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك . الأوجه منه ما نقل فى الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء ، غير أنهم اختلفوا فى اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا ، ونظير ما ذكر فى النسب ما ذكر فى النسبة إلى البلدان فى حق من لا يعرف له نسبة إلى جد مشهور مثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الأوزجندية (وقيل) فى النسبة (إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف) فى عدم اشتراطه ذكر الجد (على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ اسم الجد الأعلى) أى الجد الأعلى فى ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص ، وهذا تعليل لقول أبى حنيفة المنقول فى الجامع : إن قالا فى هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها ، فإنه ذكره فيما إذا قالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد ، فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجد إذا كان نسبة إلى أخص الآباء .

(فصـــل)

اتحدت أساميهن وأسامى آبائهن (ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة) ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبى يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى فى النسبة وهو أب الأب .

(فصـــل)

(فصـــل)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : شاهد الزور أشهره فى السوق ولا أعزره . وقالا : نوجعه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله . لهما ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ،

(قال أبو حنيفة رحمه الله : شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لأنها خلاف الأصل ، إذ الأصل الصدق لأن الأصل فى الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان ، وشاهد الزور لا يعرف إلا بإقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له إذ قد يكون محقا فى المخالفة أو للمدعى غرض فى أذاه . وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجىء حيا ، ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم . وإذا ثبت كونه شاهد زور . فقال أبو حنيفة رحمه الله : يعزر بتشهيره على الملإ فى الأسواق ليس غير (وقالا : نوجعه ضربا ونحبسه) فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضربه . فالحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله فى الأسواق ، وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أو هما أضافا إلى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعي ومالك (لهما ما روى أن عمر رضى الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا) رواه ابن أبى شيبة : حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبى مالك أن عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله بالشام أن شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه . وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب شاهد الزور أربعين سوطا . وقال : أخبرنا يحيى بن العلاء . أخبرنى أبو الأحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتلقى عمامته فى عنقه ويطاف به فى القبائل . فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابى ظاهر ، أما من لا يراه فبوجهين : أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان إجماعا ، وليس بشىء لأن الإنكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد ، فإذا فرض أنه أداه اجتهاده إلى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد فى محل اجتهاده فلا حجة فى هذا السكوت . والثانى أنه أتى كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبى صلى الله عليه وسلم فيما روى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أخبركم بأكبر الكبائر ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئا فجلس قال : ألا وقول الزور وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت » وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ـ وإذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعى ففيها التعزير ، وهذا لا ينتهض على أبى حنيفة فإنه إنما يقتضى التعزير وهو لا ينفيه ، بل قال به على ما حققناه لكنه ينفى الزيادة فيه بالضرب ، والحق أنه ينتهض عليه لأنه ينفى ضربه وهما يثبتانه ، فإن كان الضرب

(قال أبو حنيفة رحمه الله : شاهد الزور أشهره فى السوق الخ) شاهد الزور ، وهو الذى أقر على نفسه أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر ، وتشهيره تعزيره عند أبى حنيفة ، فقوله ولا أعزره : يعنى لا أضربه ، وقالا : نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك . لهما ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة ، من السخام : وهو سواد القدر ، أو بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود . لا يقال : الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما ، لأنهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ، ولا يبلغ التعزير إلى أربعين لأن مقصودهما إثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فإنه يدل على أن أصل

(قوله لأن مقصودهما الخ) أقول : جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الخ .

ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزّر . وله أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ، ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به ، والضرب وإن كان مبالغة فى الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه . وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم د

زيادة فى التعزير فليكن إذ قد ثبت الزيادة فيه به (ولأبى حنيفة رحمه الله أن شريحا رضى الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار : أنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبى الهيثم عمن حدثه عن شريح أنه كان إذا أخذ شاهد الزور ، فإن كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم إن شريحا يعرّفكم ويقول لكم إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه . وإن كان من العرب أرسل به إلى مجاس قومه أجمع ماكانوا فقال للرسول مثل ماقال فى المرة الأولى . ونحوه ما رواه بن أبى شيبة : حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبى حصين قال : كان شريح يبعث شاهد الزور إلى مسجد قومه أو إلى السوق ويقول إنا زيفنا شهادة هذا . وفى لفظ : كان يكتب اسمه عنده . وقال الخصاف فى أدب القاضى : حدثنا وكيع قال : حدثنا سفيان عن أبى حصين قال : كان شريح يبعث بشاهد الزور فأدخل بين وكيع وأبى حصين سفيان . وقد يقال : ليس فى هذه الرواية مايصرح بأنه لم يضرب به بل لأنه فعل ذلك ، ولا ينفى هذا أن يقول مع شىء آخر . ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا . قال عبد الرزاق : أنا الثورى عن الجعد بن ذكوان قال : أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى مسجد يعرّفه الناس ، غير أن أبا حنيفة يقول : إن فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا إنه إنما يعرف شاهد الزور بإقراره فكان ذلك قبل أن يدرى شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك ، فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع ، فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا فى النفوس يكون صارفا له عن الرجوع وحاملا على التمادى فوجب أن يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير ، هذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يجتهد فى نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر . وأما الجواب بأن ما روى من ضرب عمر

الضرب مشروع فى تعزيره ، وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة . قوله (ولأن هذه) أى شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ـ وبالسنة وهو ما روى أبو بكرة عن أبيه أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا : بلى يارسول الله ، قال : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئا فجلس فقال : ألا وقول الزور ، وشهادة الزور ، فما زال يقولها حتى قلت لايسكت » (وتعدّى ضررها إلى العباد) بإتلاف أموالهم (وليس فيه حد مقدر فيعزره . ولأبى حنيفة رحمه الله أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك فى زمن عمر وعلىّ رضى الله عنهما والصحابة متوافرة ، وما كان يخفى مايعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروى عنهما وحل محل الإجماع (ولأن المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به . والضرب وإن كان مبالغة فى الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع) فإنه إذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين) وهو منهى عنه . قال صلى الله عليه وسلم : «من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » (و) بدلالة (التسخيم) هذا تأويل شمس الأئمة ، وأوله شيخ الإسلام بأن المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير ، فإن الخجل يسمى مسودا مجازا ، قال الله

ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله، فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا، وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر أجمع ماكانوا ، ويقول : إن شريحا يقرئكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه . وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا . والتعزير والحبس على قدر مايراه القاضى عندهما ، وكيفية التعزير ذكرناه فى الحدود (وفى الجامع الصغير : شاهدان أقرّا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران) وفائدته أن شاهد الزور فى حق ماذكرنا من الحكم هو المقرّ على نفسه بذلك، فأما لاطريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفى للشهادة والبينات للإثبات ، والله أعلم .

والتسخيم كان سياسة، فإذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله، فقد يردّ بما ذكرنا من كتاب عمر به إلى عماله فى البلاد . وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشىء ، فإن ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه ، وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأى عمر رضى الله عنه كذلك . وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأى عمر رضى الله عنه أن المثلة ليست إلا فى قطع الأعضاء ونحوه مما يفعل فى البدن ويدوم ، لاباعتبار عرض يغسل فيزول .

تعالى ـ وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظلّ وجهه مسودّا ـ (وتفسير التشهير مانقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث إلى سوقه، إن كان سوقيا ، أوإلى قومه إن لم يكن يكن سوقيا بعد العصر أجمع ماكانوا) أى مجتمعين ، أوإلى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (ويقول : إن شريحا يقرئكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس . وذكر شمس الأئمة أن عندهما أيضا يشهر ، والحبس والتعزير مقداره مفوّض إلى مايراه القاضى) ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبا أو مصرا أو مجهول الحال . وقد قيل إن رجع على سبيل التوبة والندم لايعزر من غير خلاف ، وإن رجع على سبيل الإصرار يعزر بالضرب من غير خلاف ، وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذى قلنا . ثم إنه إذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أو لا ؟ إن كان فاسقا تقبل لأن الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ، ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر ، وعند آخرين سنة. قالوا : والصحيح أنه مفوّض إلى رأى القاضى . وإن كان مستورا لاتقبل أصلا . وكذا إن كان عدلا على رواية بشر عن أبى يوسف لأن الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء . وروى أبو جعفر أنها تقبل . قالوا : وعليه الفتوى . قال (وفى الجامع الصغير) وذكر أن فائدة ذكر روايته هى معرفة شاهد الزور بأنه الذى أقرّ على نفسه بذلك ، فإما إثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لأنه نفى للشهادة والبينات شرعت للإثبات، ولم يذكر الذى شهد بقتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا إما لندرته وإما لأنه لامحيص له أن يقول كذبت أوظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك ، والله أعلم .

(قال المصنف : أجمع ماكانوا) أقول : حال من الظرف : أى حال كونه أجمع الأوقات التى كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما فى : أخطب مايكون الأمير قائما ، وهذا أولى ، ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صفة له (قال المصنف : يقرئكم السلام) أقول : قرأ عليه السلام أبلغه ، ولا يقال أقرأه إلا إذا كان مكتوبا ، كذا فى القاموس ، فحينئذ يكون استقامة مافى الكتاب بأن يكتب شريح إليهم كتابا ينقل رسوله مافيه إلى القوم (قوله أجمع ماكانوا : أى مجتمعين الخ) أقول : فيه بحث ، بل المعنى ماذكرنا (قوله فيمن كان تائبا أو مصرا) أقول : وقع فى بعض النسخ لفظ الإقرار بدل لفظ الإصرار ، والصحيح الإصرار .

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

(قال : إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضى لا يقضى

واعلم أنه قد قيل إن المسئلة على ثلاثة أوجه : إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول لهم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزّر بالضرب بالاتفاق ، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزّر اتفاقا ، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور . وقيل لا خلاف بينهم . فجواب أبى حنيفة رحمه الله فى التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى . وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة . والتسخيم بالجرّ عطفا على قوله بدلالة التبليغ : يقال سخم وجهه ، إذا سوده من السخام وهو سواد القدر ، وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود . وفى المغنى : ولا يسحم وجهه بالخاء والحاء .

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

لما كان هذا إيجاب رفع الشهادة وما تقدم إيجاب إثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما ، وإلا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كما لذلك ولتحققه بعد الشهادة ، إذ لا رفع إلا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده ، كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا إلا لتقدمها عمدا أو خطأ (قوله إذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لأن كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ، ولأنه أى كلامه الذى ناقض به وهو المتأخر فى احتماله الصدق كالأول ، فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما . قالوا : ويعزّر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن الزور إن تعمده ، أو التهوّر والعجلة إن كان أخطأ فيه ، ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات ، وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر ، إذ الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصا من عقاب الكبيرة ، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا فى مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا ، فإما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده ، فإن كان الأول سقطت الشهادة عن إثبات الحق بها على الغريم لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضى ، ولا قضاء هاهنا لأن القاضى لا يقضى بكلام متناقض ، ولا ضمان عليهما لأن الضمان بالاتلاف ، ولا

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

بكلام متناقض ، ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المشهود عليه (فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه فى الدلالة على الصدق مثل الأول ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم)

حدّ مقدر (قوله ولا ضمان عليهم) لأنهم لم يتلفوا شيئا على المشهود له أو عليه (قوله فإن حكم الخ) إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم ، وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثانى ليس أولى من كلامهم الأول ، ولا الأول أولى من الثانى فتعارضا ، ولا ترجيح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما ، وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به لأنه مؤكد لحكمه وقع فى حال لا معارض له فيه فلا ينقض الأقوى بالأدنى ، لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم ، وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم : أعنى اتصال القضاء الذى لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بأن تسببهم فى ذلك الإتلاف كان تعديا لأنه وقع على خلاف الحق ، والتسبب فى الإتلاف تعديا سبب للضمان . وكان أبو حنيفة رحمه الله أوّلا يقول : ينظر إلى حال الشهود ، إن كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء فى العدالة صح رجوعهم فى حق نفسهم ، وفى حق غيرهم فيعزّرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه ، وإن كانوا عند الرجوع كحالهم عند الأداء أو دونه يعزّرون ، ولا ينقض القضاء ، ولا يجب الضمان على الشاهد . وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان . ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه فى حق غيره على كل حال ، فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما (قوله ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضى المشهود عنده أو غيره ، وزاد جماعة

إتلاف هاهنا ، لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه . أما على المدعى عليه فظاهر ، وأما على المدعى فلأن الشهادة إن كانت حقا فى الواقع ورجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها ، وإن كان الثانى لم يفسخ الحكم لأن الكلام الثانى يناقض الأول ، والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدى إلى التسلسل ، وذلك لأنه لو كان معتبرا لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى ، وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ، ولأن الكلام الآخر فى الدلالة على الصدق كالأول ، وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه إلى الترجيح ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينتقض به ، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، فقضاء القاضى وإن كان علة للتلف لكنه كالملجإ من جهتهم ، فكان التسبيب منهم تعدّيا فيضاف الحكم إليهم كما فى حفر البئر على قارعة الطريق . فإن قيل : كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان ؟ أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ووعد بتقريره من بعد ، واكتفى عن ذكر التعزير فى الفصلين بذكره فى الفصل المتقدم . قال (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم الخ) الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة حاكم سواء كان هو الأول أو لا

(قوله وأما على المدعى الخ) أقول : ظاهره لا يوافق الدعوى (قال المصنف : فلا ينتقض الحكم بالتناقض) أقول : لعل المتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبرة عقلا وشرعا كما سيصرح به آنفا (قوله لئلا يؤدى إلى التسلسل الخ) أقول : كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه (قوله كالملجإ من جهتهم) أقول : أى من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزير فى الفصلين) أقول : أى فى فصل الرجوع قبل

لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أيّ قاض كان ، ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية ، فالسرّ بالسرّ والإعلان بالإعلان . وإذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضي . فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لايحلفان ، وكذا لاتقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا . حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح .

فى صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال ، وإليه أشار المصنف حيث قال (وإذا لم يصح فى غير مجلس القاضي ، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما) أنهما لم يرجعا (لايحلفان وكذا) لو أقام بينة على هذا الرجوع (لاتقبل لأنه ادعى رجوعا باطلا) وإقامة البينة وإلزام اليمين لاتقبل إلا على دعوى صحيحة . ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر فى تقييد صحة الرجوع بذلك ، ونقل هذا عن شيخ الإسلام . واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمان ، وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد ، وذكر أنه إنما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ، ويتفرّع على اشتراط المجلس أنه لو أقرّ شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لايلزمه شىء ،

لأنه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به ، وهذا الدليل لايتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع ، فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة ، والإقرار بذلك لايختص بمجلس الحكم . والجواب أن الاستحقاق لايرتفع مادامت الحجة باقية فلا بد من رفعها ، والرجوع فى غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لأن الشهادة فى غير مجلسه ليست بحجة كما مر ، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو يثبت فى ضمنه فكان من توابعه . لايقال : البينة ليست بحجة فى غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ، ويجوز أن لايكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه . لأنا نقول : مجلس الحكم محلها فى الابتداء .وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح ووجود المبيع فى البيع فإنه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسرّ بالسرّ والإعلان بالإعلان) وشهادة الزور جناية فى مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به (وإذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما) وأقام على ذلك بينة أو عجزعنها وأراد أن يحلف الشاهدين (لم يقبل القاضي بينة عليهما ولا يحلفهما) لأن البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ، ودعوى الرجوع فى غير مجلس الحكم باطلة (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل) بينته (لأن السبب صحيح) والضمير المستكنّ فى ضمنه يجوز أن يكون للقاضي ، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا إلى الآن . ويجوز أن يكون للمدعى ومعناه طالب من القاضي تضمينه ، والألف واللام فى قوله لأن السبب بدل من المضاف إليه وهو قبول البينة : أى لأن سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحكم ، وقيل هو الضمان ، ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم ، وليس بصحيح لأن الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فإنها قبول البينة لاوجوب

الحكم بها وبعده(قوله وهومسلم فإن الرجوع إقرار الخ)أقول : ويجوز تقريره معارضة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) أقول : انظر فى هذا الجواب (قوله ولأن الرجوع توبة) أقول : عطف على قوله لأنه فسخ الشهادة(قوله ومعناه حكم عليه) أقول : فعلى الأول معطوف على رجع وعلى الثانى على قوله أقام البينة (قوله لأن سبب الضمان الخ) أقول : وفى غاية البيان لأن سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضى (قوله فإنها قبول البينة) أقول : فيه بحث لأن المعنى حينئذ تقبل الشهادة لأن الدعوى : أعنى دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذى هو سبب الضمان فليتأمل

(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لأن التسبيب على وجه التعدى

ولو ادعى عليه بذلك لايلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ، ولو أقر فى مجلس قاض أنه رجع عند قاضى كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضى لاالذى أسند رجوعه إليه ، ولو رجعا عند القاضى ثم جحد تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما . ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم فى صحة الرجوع وجهين : أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة ، فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها ، وعلى الملازمة منع ظاهر مع إبداء الفرق بأن اشتراط المجلس ليتصور الأداء عنده بالضرورة ، بخلاف الرجوع لأن حاصله الإقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه ، والإقرار بالضمان لايتوقف على مجلس القضاء . وأجاب فى النهاية بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فإنه شرط فيه وجود المبيع فكذا فى فسخه ، وهذا أيضا مما يحتاج إلى إثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك فى فسخ البيع إنما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد ، والتراد يتوقف على قيامه ، بخلاف حكم الرجوع فإنه الضمان ، ويمكن إثباته مع ثبوته دون المجلس . ثم هو قد أورد على ماذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه . وأجاب بمثل ماذكرنا من أن ذلك لأمر يخص الابتداء لايوجد فى البقاء وهو كى لايلزم الافتراق عن الكالىء بالكالىء وذلك غير لازم فى فسخه فلذا لم يشترط فى فسخه ماشرط فى ابتدائه ، وهذا نحو ماذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصور الأداء بخلاف الفسخ . ثم تمهيد الجواب بأن ماشرط للابتداء شرط للبقاء لايناسب مانحن فيه وهو الرفع . نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ، ولو تسهلنا إلى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لايتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ، ولو أرخينا العنان فى الآخر فإنما يكون المشروط للبقاء المجلس الأول الذى كان شرطا للأداء ، والمجلس المشروط هنا مجلس آخر . وذكر بعضهم فى وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ، ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بأن السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل . ولا يخفى أن اتحاد المحل إنما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لاشرط لكل من المتضادين فى نفسه ، كما أن المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها . والوجه الثانى أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب فى مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه ، ولا شك أن ذلك أيضا غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله تعالى عنه حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن فقال أوصنى ، فقال : « عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت ، إلى أن قال : وإذا عملت شرا فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية » وأنت تعلم أن العلانية لاتتوقف على الإعلان فى محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لايمكن بل فى مثله مما فيه علانية وهو إذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لايكون معلنا (قوله وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعى فى الجديد لاضمان عليهما لأنهما مسببان ولا

الضمان فتأمل (وإذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم ، إلا أنه ذكرها لبيان خلاف الشافعى ولما يأتى من رجوع بعض الشهود دون بعض . قال الشافعى : لاضمان عليهما لأنهما تسببا فى الإتلاف ، ولا معتبر به عند وجود المباشر . وقلنا وجب عليهما الضمان لأنهما تسببا للإتلاف على وجه التعدى وذلك يوجب الضمان إذ لم يمكن إضافته إلى المباشر ،

سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعديا . وقال الشافعي رحمه الله : لايضمنان لأنه لاعبرة للتسبيب عند وجود المباشرة . قلنا : تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجإ إلى القضاء . وفى إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعى لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب . وإنما يضمنان

عبرة بالتسبب ، وإن كان تعديا مع وجود المباشرة . قلنا : المباشر القاضي والمدعى ، ولا ضمان على القاضي اتفاقا لأنه كالملجإ إلى مباشرة القضاء الذى به الإتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة ، وإذا ألجأه الشرع لايضمنه ، ولأنه يوجب عدم قبول القضاء من أحد . وأما المدعى فلأنه أخذ بحق ظاهر ماض لأن خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض الحكم ، وإذا لم ينقض لايمكن جبره على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا . وإذا تعذر الإيجاب على المباشر تعين على المتعدى بالتسبب كحافر البئر فى الطريق . واعلم أن الشافعية اختلفوا فى هذه المسئلة . والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا ، والقول الآخر لاينقض . ولا يرد المال من المدعى ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الأداء . وقد نقض عليه أيضا بإيجاب القصاص على الشهود إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولى المقتص والقاضي . وأجيب عنه بأن ذلك لدليل خاص وهو قول علىّ رضى الله تعالى عنه لشاهدى السرقة بعد ماقطع ورجعوا وجاءوا بآخر وقالوا هذا الذى سرق : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، أخرجه

وهاهنا كذلك لأن المباشر هو القاضي ، وإضافة الضمان إليه متعذرة لأنه كالملجإ إلى القضاء بشهادتهم لأنه بالتأخير يفسق وليس بملجإ حقيقة لأن الملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة فى الدنيا والقاضي ليس كذلك ، ولأن فى إيجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء ، وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله ، وتعذر استيفاؤه من المدعى أيضا لأن الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب . فإن قيل : ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود فى الشهادة بالقتل ثم الرجوع ، فإنه إذا شهد شاهدان على أنه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما فى مالهما عندكم ، وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص . وعند الشافعي يجب عليهما القصاص ، جعل المسبب كالمباشر . قلنا : فعل المباشر الاختيارى قطع النسبة أو صار شبهة كما سيجىء ، والشافعي جعله مباشرا بما ورد عن علىّ رضى الله عنه فى شاهدى السرقة إذا رجعا : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما . والجواب أنه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضى الله عنه أن اليدين لايقطعان بيد واحدة ، وجاز أن يهدد الإمام بما لايتحقق كما قال عمر رضى الله عنه : ولو تقدمت فى المتعة لرجمت ، والمتعة لاتوجب الرجم بالاتفاق ، وإنما يضمنان : يعنى أن الضمان إنما يجب على الشاهدين إذا قبض المدعى ماقضى له به دينا كان أو عينا ، وهو اختيار شمس الأئمة ، لأن الضمان بالإتلاف والإتلاف يتحقق بالقبض ، وفى ذلك لاتفاوت بين العين والدين ، ولأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين . وبيان ذلك أنهما إذا ألزما دينا بشهادتهما ، فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعى كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما . وفرّق شيخ الإسلام بين

(قوله فيتحمل الضرر الخاص) أقول : لعله يريد به تضمين الشهود (قوله فى الشهادة) أقول : متعلق بقوله ترك (قوله كما سيجىء) أقول : أى فى هذا الكتاب أيضا فى الدرس الثالث (قوله والجواب أنه الخ) أقول : هذا جواب عن دليل الشافعي (قوله قد استوفى) أقول : المقضى عليه (قوله ولا مماثلة بينهما) أقول : إذ العين خير من الدين .

إذا قبض المدعى المال ديناً كان أو عيناً ، لأن الإتلاف به يتحقق ، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين .
قال (فإن رجع أحدهما ضمن النصف)

الشافعى وقال : بهذا القول نقول . فإن نوقض بأنه لايرى تقليد الصحابى أمكن الجواب عنه بأنى إنما قلت به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال . قلنا : الأشدية لايتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان فى أحكام الدنيا لجوازه باعتبار أمر الآخرة ، ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد؟ . قال المصنف (إذا قبض المدعى المال ديناً كان أو عيناً) لأن هذا ضمان إتلاف والإتلاف على المدعى عليه إنما يتحقق بأخذه منه ، وهذا اختيار شمس الأئمة . وفرق شيخ الإسلام بين كون المشهود به عيناً فيضمنان قبل قبض المدعى إياها بعد القضاء له بها أو ديناً فلا يضمنان حتى يقبضه المدعى . وجه الفرق أن ضمانهما ضمان إتلاف ، وضمان الإتلاف مقيد بالمماثلة ، فإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان وإن أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لاينفذ تصرفه فيه ، فلو أزلنا قيمته عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لاتنتفى المماثلة ، أما إذا كان المشهود به ديناً فالشاهدان أوجبا عليه ديناً بغير حق ، فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفى المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لأن المستوفى منهما عين فى مقابلة دين أوجباه ، وشمس الأئمة يوافق فى وجه الدين ويقول فى العين : إن الملك وإن ثبت فيه للمدعى بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل ، لأن المال الذى فى يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيئاً مالم يخرج من يده . قال البزازى رحمه الله فى فتاواه : والذى عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعى المال أو لا ، وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة .

العين والدين فقال : إن كان المشهود به عيناً فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وإن لم يقبضها المدعى ، وإن كان ديناً فليس له ذلك حتى يقبضه ، وذلك لأنه ضمان الإتلاف وضمان الإتلاف مقيد بالمثل ، وإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها ، ولهذا لاينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك ، فبإزالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لا تنتفى المماثلة ، وإذا كان ديناً فبإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفى المماثلة كما ذكرنا . والجواب أن الملك وإن ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال فى يد ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئاً ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى .
قال (وإذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر فى باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقى لأن وجوب الحق فى الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل فى حق القضاء ، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم . وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى وعلى هذا إذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقى بشهادة من بقى نصف الحق . قيل لانسلم ذلك ، فإن الباقى فرد لايصلح لإثبات شىء ابتداء فكذا بقاء . وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح فى البقاء

(قوله فبإزالة العين عن ملكهما الخ) أقول : الضمير فى قوله ملكهما فى موضعين راجع إلى الشاهدين فى قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ
(قوله لأن وجوب الحق الخ) أقول : لايخفى عليك قصور هذا الدليل عن إثبات المدعى لاختصاصه بما بقى بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة . والأولى أن يبين بوجه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل (قوله وعلى هذا إذا شهد الخ) أقول : ينبغى أن يكون تفريعاً على الأصل الذى ذكره المصنف لاعلى ما أقامه من الدليل لظهور عدم تفرعه عليه فليتأمل (قوله فكذا بقاء) أقول : فينبغى أن يضمن الراجع كل الحق لانصفه

والأصل أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى لارجوع من رجع وقد بقى من يبقى بشهادته نصف الحق (وإن شهدا بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقى من بقى بشهادته كل الحق. وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة، والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع) فإن رجع الآخر

[فروع] شهدا أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ، ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة . ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا . ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لأنه كالعوض ، وإن لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع . شهدا أنه باع عبده بخمسمائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشترى إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة ، فإن ضمن الشاهدين رجعا على المشترى بالثمن إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل (قوله والأصل أن المعتبر فى هذا بقاء من بقى لارجوع من رجع) وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال والرجوع إنما يوجب الضمان لأنه إتلاف له ، فإذا بقى بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقى المال ثابتا فلم يتحقق بالرجوع إتلاف شىء ، ومن المحال أن يضمن مع عدم إتلاف شىء . وأما ما أورد من أنه ينبغى إذا رجع واحد من الاثنين أن لايبقى شىء من المال لأن الواحد لايثبت بشهادته شىء أصلا فيقتضى أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للإجماع على نفيه ، وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شىء بشهادة الواحد إنما هو فى الابتداء ، ولا يلزم فى حال البقاء مايلزم فى الابتداء ، وحينئذ فبعد ماثبت ابتداء شىء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما فى حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة مابقى على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه . إذا عرف هذا فإذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لأنه أتلفه برجوعه (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقى الحق من غير إتلاف شىء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة (والمتلف متى استحق سقط الضمان) كما إذا أتلف مال زيد فقضى بضمانه عليه فظهر أن مستحقه عمرو فإنه يأخذه ويسقط الضمان لزيد (فأولى أن يمنع الضمان) وما نحن فيه من هذا فإن بالرجوع أتلف على المشهود له حصته التى أثبتها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهود عليه ، وببقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق المشهود له لتلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه (فإن رجع آخر) من الثلاثة

للإثبات مالا يصلح فى الابتداء لذلك ، كما فى النصاب فإن بعضه لايصلح فى الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح فى البقاء بقدره (وإذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه) لأنه بقى من بقى بشهادته كل الحق(لأن استحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة) التامة ، واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضى له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضى على المتلف فلأن يمنعه بطريق الأولى لأن الدفع أسهل من الرفع (فإن رجع الآخر

(قوله إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضى له) أقول : الضمير فى قوله له راجع إلى زيد (قوله سقط الضمان الخ) أقول : مع أن الإتلاف ليس بظاهر فيما نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل إنما هو بحسب زعم الراجع فقط(قوله فلأن يمنعه الخ) أقول : الضمير فى قوله يمنعه راجع إلى الضمان فى قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ .

ضمن الراجعان نصف المال) لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقى (وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن بشهادة الرجل بقى نصف الحق (وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لأنه بقى النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقى ثلاثة الأرباع (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة

(ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء الثالث يبقى نصف المال) فلو قال الراجع الأول كيف أضمن برجوع الثانى مالم يلزمنى ضمانه برجوع نفسى وقت رجوعى لايقبل هذا ، كما لايقبل قول أحدهما لو رجع الثلاثة لايلزمنى شىء لأن غيرى يثبت به كل الحق فرجوع غيرى موجب عليه لا علىّ . وحقيقة الوجه أن تلف النصف وإن كان مما يستقل به رجوع واحد إذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت إحداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقاء من بقى ، وإن رجعتا ضمنتا نصفه لأن بشهادة الرجل يبقى نصف الحق ، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع) منهن (ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق ، فإن رجعت أخرى ضمن) التسع (ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل) الباقى (والربع بشهادة الباقية) (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة

ضمن الراجعان نصف الحق) قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلا لأن المعتبر بقاء من بقى ، وبعد رجوع الأول كان نصاب الشهادة باقيا فإذا رجع الثانى فهو الذى أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه . وأجيب بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب ، وذلك لأن الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ، ثم إذا رجع الأول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره ، فإذا رجع الثانى تبين أن الإتلاف من الابتداء كان بشهادتهما ، أو لأن القضاء كان بالشهادة وهى موجودة منهما فى حالة واحدة ، فعند رجوع الأول وجد الإتلاف ، ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع إيجاب الضمان عليه ، فإذا رجع الثانى ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضى (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقى وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن نصف الحق باق لشهادة الرجل (وإذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق ، فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقى النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقى ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند

(قوله ثم إذا رجع الأول الخ) أقول : الأظهر أن يقال : إذا رجع الأول لم يظهر الإتلاف فضلا عن إتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة . فإذا رجع الثانى أيضا تبين سببه الأول فى الإتلاف أيضا لعدم الأولوية فليتأمل. ثم ماذكره هنا لايخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آنفا من أنه إذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى. والجواب أن ذلك فيما إذا استمر الاثنان على شهادتهما وهنا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول: التبيين إنما يكون فى حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول إليها ، فإن وصل حكم بثبوته وإلا إلا فلا ، كذا فى هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله واحتمل كذب غيره الخ) أقول : احتمالا أكثر من الاحتمال الثابت قبله ، لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول لاستواء حالهم (قوله فعند رجوع الأول وجد الإتلاف) أقول : أى علم وجوده بل علم قصده الإتلاف كما لايخفى وفيه بحث . ويمكن أن يقال : لعل المراد وجد الإتلاف الزعمى ، ثم المرء مؤاخذ بزعمه وإقراره ، فكان ينبغى أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ ، فكذا ينبغى أن يفهم الكلام والعلم عند الخبير العلام (قوله وإذا رجع الثانى ارتفع المانع) أقول: كنزع الخف فى المسح ومضى

أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف) لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لاتقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل واحد . ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد ، قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة)لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي

أسداسه عند أبي حنيفة . وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لاتقبل شهادتهن إلا بانضمام الرجل . ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل . قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن «عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل» روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال «يامعشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار . فقالت امرأة منهن : يارسول الله مالنا أكثر أهل النار ؟ قال : تكثرن اللعن وتكفرن العشير . ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن ، قالت : يارسول الله وما نقصان العقل والدين ؟ فقال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل ، وتمكث الليالي لاتصلي وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين» (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا ، وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج . فعندهما لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل ، كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست إحداهن أولى بضمان النصف من الآخرين (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد لأن المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لايثبت به شيء فكان القضاء ليس إلا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا .ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال

أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لاتقبل شهادتهن إلا مع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء . وإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع (ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن «عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد» وإذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر ، وإنما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل . والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك في الابتداء أو مكرر فكان الإطلاق ككلمة كل (وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا) أن المعتبر هو بقاء من بقي ، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق (وإن شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن المرأة الواحدة شطر العلة ، ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا إلى شهاد رجلين

المدة في المستحاضة (قوله إلا مع رجل فيتعين الخ) أقول : يعني ويتعين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن) أقول : لفظ «في» في قوله عليه الصلاة والسلام «في نقصان» للسببية (قوله أن لو قال عدلت شهادة الخ) أقول : فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة مايكون فيه النساء كالرجال ، فإذا زدن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كما في عدد أيام أدنى مدة السفر والحيض (قوله فالرجل يبقى ببقائه) أقول : الضمير في قوله ببقائه راجع إلى الرجل .

بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم . قال (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما ، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها) لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ماعرف ، وإنما تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل

لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال أعني المرأتين ، ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء . وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع . ثم يقام كل امرأتين مقام رجل ، فثلاث نسوة مقام رجل ونصف ، فإن رجعوا جميعا فعندهما أنصافا . وعنده أخماسا على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان (قوله وإن شهدا إلى آخره) إذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها أو ادعاه بأقل بأن ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضي بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لاينفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئا في الصورتين كما ذكره المصنف . وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف . قال في باب أبي يوسف : لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا إن رجعوا لم يضمنوا مابخسوا . ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر . فإن عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها إلى مهر مثلها فكان يقضى لها بألف لولا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة . وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئا وتبعه صاحب المجمع . وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية . وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا ولا رواية ، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرهم ، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعي ، فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الأئمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي . وذكروا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت

دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا . قال (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وإن شهد على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما ، سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو بأقل من ذلك ، لأن المتلف هاهنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالإتلاف لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ماعرف ، ولا مماثلة بين العين والمنفعة (قوله وإنما تتقوم) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لأن الخارج هو عين الداخل في الملك ، فمن ضرورة التقوم في إحدى الحالتين تقومها في الأخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق . ووجه ذلك أنها إنما تضمن وتتقوم بالتملك إبانة لخطر المحل لأنه محل خطير لحصول النسل به ، وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الإزالة ، ألا ترى أنه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الإزالة كالشهود والولي ، وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده . وكذلك إن شهدا على زوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض

(قوله لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص) أقول : قال الله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - (قوله ووجه ذلك الخ) أقول : ناظر إلى ماتقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله إبانة لخطر المحل) أقول : حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا ، فإن مايملك المرء مجانا لا يعظم خطره عنده . ثم لايخفى عليك أن ذلك ليس بموجود في الإتلاف ، فلأجل هذا كان متقوما على المالك دون المتلف (قوله لأنه محل خطير) أقول : يعني من النفوس .

(وكذا إذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول فى الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف ، وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لأنهما أتلفاها من غير عوض . قال (وإن شهدا ببيع شىء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لأنه ليس بإتلاف معنى .

تقوّمه حال الدخول ، فكذا فى غيره لأنه فى حال الخروج عين ذلك الذى ثبت تقومه . وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب فى الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع ، كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوّما فى نفسه كالأعيان المالية لأنه لايرد الملك على رقبته والمنافع لاتتقوّم فلا تضمن لأن التضمين يستدعى المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التى تحرز وتتموّل والأعراض التى تتصرم ولا تبقى . وفرّع فى النهاية على الأصل المذكور خلافية أخرى ، هى ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا ، وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لايضمن القاتل لزوجها شيئا ، وكذا إذا ارتدت المرأة لاشىء عليها لزوجها .وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل . وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب فى ماله مهر المثل فكذا يجب فى الإتلاف الحكمى . وأجاب نقلا عن الذخيرة بأنه فى الإتلاف الحقيقى بالشرع على خلاف القياس ، والحكمى دونه فلا يكون الوارد فيه واردا فى الحكمى ، ونظيره ما فى شرح الطحاوى : لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لاضمان عليهما لأنهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لاضمان عليه (قوله وكذا لاضمان عليهما إذا شهدا على رجل يتزوّج امرأة بمهر مثلها) بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لايفسخ النكاح على كل حال بعد ماقضى به ، ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لأنهما عوّضا ملك البضع وهو متقوّم حين ورود العقد عليه ، والإتلاف بعوض كلا إتلاف ، وإنما كان كذلك لأن مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ، ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وهو الثابت فى حق الزوج ، والإتلاف بلا عوض وهو الذى يحكم به على الشاهدين (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) على مهر المثل (لأنهما أتلفاها بلا عوض) وهى من الأعيان التى تقع المماثلة بالتضمين فيها (قوله وإن شهدا ببيع شىء بمثل القيمة أو أكثر) بأن ادعى ذلك مدع فشهدا له به (ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى

كلا إتلاف ، كما لو شهدا بشراء شىء بمثل قيمته ثم رجعا لايضمنان (قوله وهذا لأن مبنى الضمان) معناه أن الإتلاف بغير عوض مضمون بالنص والإتلاف بعوض ليس فى معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض) وهو يوجب الضمان . قال (وإن شهدا ببيع شىء بمثل القيمة الخ) شهدا بأنه باع عبده بألف درهم ثم رجعا ، فإن كان

(قوله معناه أن الإتلاف بغير عوض الخ) أقول : أنت خبير بأن ما أفاده الشرح بينه وبين المشروح مابين الضب والنون من المناسبة ، فإن معنى كلامه أنا لو ضمنا الشاهدين فى الصورة المذكورة كان إتلافا لمالهما بغير عوض وهما أتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فتفوت المماثلة التى هى مبنى الضمان فليتأمل ، فإنه لو كان المراد ماذكره لقال المصنف لأن مبنى الإلحاق المماثلة (قوله ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها) أقول : الضمير فى قوله أتلفاها راجع إلى الزيادة .

نظرا إلى العوض (وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان) لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض . ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع ، لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم .

نظرا إلى العوض ، وإن) شهدا به (بأقل من القيمة) ثم رجعا (ضمنا نقصان القيمة لأنهما أتلفا هذا القدر) عليه (بلا عوض) هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن ، فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا ، فإما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بأن شهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشترى أوفاه الثمن ، ففى الأول يقضى عليهما بقيمة البيع لا بالثمن ، وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع . وجه الفرق أن فى الأول المقضىّ به البيع دون الثمن لأنه لايمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء ، ولهذا قلنا : لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لايقضى بالبيع لأنه قارن القضاء به مايوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة ، فكذا هذا ، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة ، بخلاف ما إذا كان بشهادتين فإن الثمن يصير مقضيا به لأن القضاء بالثمن لايقارنه مايسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما . ثم قال المصنف (ولافرق بين كون البيع باتا أو فيه خيار البائع لأن السبب) يعنى البيع (هو السابق) حتى استحق المشترى المبيع بزوائده وقد أزالاه بشهادتهما فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار إليه (فانضاف التلف إلى الشهود) وهذا جواب عن

الألف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيئا لما مر أن الإتلاف بعوض كلا إتلاف ، وإن كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفا لأنهما أتلفا هذا الجزء الذى هو فى مقابلة الألف من قيمته بلا عوض . ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع بأن شهدا بأقل من القيمة كالصورة المذكورة وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضى بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل مابين القيمة والثمن لإتلافهما الزائد بغير عوض ، لأن البيع بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف إلى السبب السابق وهو البيع المشهود به ، ولهذا استحق المشترى بزوائده ، والبائع لما كان منكرا لأصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار ، إذ العاقل يتحرّز عن الانتساب إلى الكذب حسب طاقته ، فلو أوجبا البيع فى المدة لم يضمنا شيئا لأنه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الإتلاف

(قوله أوفيه خيار البائع بأن شهد الخ) أقول : قوله بأن شهدا ناظر إلى قوله أوفيه خيار البائع فتأمل (قال المصنف : وإن كان بأقل من القيمة ضمنا الخ) أقول : قال ابن الهمام : هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن ، فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا ؛ فإما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بأن يشهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن ، أو فى شهادتين بأن شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشترى أوفاه الثمن ، ففى الأول يقضى عليهما بقيمة المبيع لابالثمن ، وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع . ووجه الفرق أن فى الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لايمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء ، ولهذا قلنا : لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يقضى بالبيع لأنه قارن القضاء به مايوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فكذا هذا ، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة ، بخلاف ما إذا كان بشهادتين فإن الثمن يصير مقضيا به لأن القضاء بالثمن لايقارنه مايسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر (قوله إذ العاقل يتحرز عن الانتساب إلى الكذب) أقول : فيه أن حكم القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا فى أمثاله عند أبى حنيفة ، فلو فسخ البيع فى المدة لم ينسب إلى الكذب أصلا عنده بل عند الإمامين أيضا ، إذ يجعل الفسخ مبنيا على حكم القاضى بالبيع والخيار فليتأمل (قوله فلو أوجب البيع فى المدة) أقول : أى فى مدة الخيار .

(وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح ،

سؤال ذكره فى المبسوط . حاصله : ينبغى أن لاضمان عليهما لأنهما إنما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع ، وبه لايزول ملكه عن المبيع وإنما يزول إذا لم يفسخ حتى مضت المدة ، وإذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا فى إزالة ملكه عنه إلى غيره فلا يجب الضمان . والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف إليهم . غاية الأمر أنه سكت إلى أن مضت المدة وهو لايستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف إليه الكذب لأنه قد أنكر العقد ، فإذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه ، والعاقل يحترز عن مثله ، وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشترى ومضت المدة ولم يفسخ وفى قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذى شهدا به ضمناه ، ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه فى المدة سقط الضمان عنهما لأنه أتلف ماله باختياره ، كما لو أجازه البائع فى شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله وإن شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا إذا كان فى العقد مهر مسمى ، فإن لم يكن ضمنا المتعة لأنها الواجبة فيه ، وذلك (لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) وعلى المؤكد ما على الموجب . أما كونه على شرف السقوط فإن المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن زوجها يسقط المهر أصلا . وأما أن على المؤكد ما على الموجب فبمسألتين : هما ما إذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله فى يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لأنه أكد ما كان بحيث يسقط بأن يتوب فيطلقه ، وما إذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره ، وكذلك بارتدادها ونحوه (ولأن الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فتوجب سقوط كل المهر كما مر فى النكاح) أى من باب المهر من أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود

(وإن شهدا على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج ، وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به ، ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيدا فذبحه شخص فى يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ، ولأن الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع إلى المرأة كما كان ، والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لأنه يجعل العقد كأن لم يكن ، فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع ، وإنما قال فى معنى الفسخ لأن النكاح بعد اللزوم لايقبل الفسخ ، لكن لما عاد كل

(قوله لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) أقول : يعنى أكدا المهر الذى كان على شرف السقوط . قال الزيلعى : وينتقض هذا بمسئلتين ذكرهما فى التحرير : إحداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فأخذت الألف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون ، وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مؤجلا على حاله يسقط بارتدادها . والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لايرجع على القاتل وإن وجدا التأكيد منه ، إذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ، ولكن نقول : القتل منه النكاح والشىء بانتهائه يتقرر ، والدين المؤجل ثابت فى الحال ، وإنما تأخرت المطالبة ، ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهما شيئا إذ تحصيل الحاصل محال . أو يقال : لانسلم بأن دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضى بها ديونها فلا يسقط فبطل الانتقاض من الأصل انتهى قوله ، ولكن نقول القتل منه النكاح الخ محل بحث .

ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما . قال (وإن شهد أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لأنهما أتلفامالية العبدعليه من غير عوض والولاءللمعتق لأن العتق لايتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء

عليه إليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شيء (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالا فيجب ضمانه عليهما ، وإنما قال فى معنى الفسخ ولم يقل فسخ لأنه ليس حقيقة الفسخ وإلا لم ينقص من عدد الطلاق شيء ، وإنما هو فى معناه بسبب عود المعقود عليه إليها سالما ، ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور فى القدورى والبداية . وحكمه أن لايجب ضمان لأن البضع لاتقوّم له حال الخروج ، وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه مالابلا عوض . وفى التحفة : لم يضمنا إلا ماز اد على مهر المثل لأن بقدر مهر المثل إتلاف بعوض وهو منافع البضع التى استوفاها . ثم المعروف أن الشاهدين لايضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف . وخرّج بعضهم أن ذلك قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر إلى تمامه لأنهمابرجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وإنما وقع بالقضاء به . فعند أبى حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كإيقاع الزوج وبإيقاع الزوج ليس لها إلا النصف . وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس إيقاعا منه فيبقى حقها ثابتا فى كل المهر وفوّتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى . والوجه عدمه لأن القضاء بالوقوع إنما هو عنه تكذيبا له فى إنكاره الطلاق . على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس فى الكتب المشهورة فلا يعوّل عليه (قوله وإن شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه) مالا متقوّما (بلا عوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف وهو لايتقيد باليسار (والولاء للمولى لأن العتق من جهته) وهو وإن كان منكرا للعتق صار مكذبا شرعا ، وإنما لايتحول للشاهدين بضمانهما لأن العتق لايقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لأنه ليس بمال بل هوكالنسب سبب يورث به . ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبّر وغير مدبرا وقد سلف فى كتاب العتق قدر نقصان التدبير . وإن مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا لورثته ، ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته . والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لايحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته ، ثم إذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ، ولا يعتق المكاتب حتى يؤدى إليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى ، وولاؤه للذى شهدا عليه بالكتابة ، وإن عجز فردّ فى الرق كان لمولاه لأن رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين

المبدل إلى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ (وإن شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لأن العتق لايتحوّل إليهما بالضمان ، فكذلك الولاء لأنه تابع له . قيل ينبغى أن لايكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق . وأجيب بأنه مكذب فى ذلك شرعا بقضاء القاضى بالحجة . وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان . وأجيب بأنه لايصلح عوضا لأنه ليس

(قال المصنف : لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض) أقول : والولاء لا يصلح عوضا لأنه ليس بمال متقوم بل هوكالنسب بالحديث المشهور .

(وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعى رحمه الله : يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فأشبه المكره بل أولى ، لأن الولىّ يعان والمكره يمنع . ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد ، وكذا تسبيبا

بالضمان لأن المكاتب لايقبل النقل من ملك إلى ملك ويردّ المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده فى الرق ، فهو كغاصب المدبّر إذا ضمن قيمته بعد إباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذه منه . ولو كانا شهدا على إقراره بأن هذه الأمة ولدت منه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوّم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومة فيضمنان مابين ذلك ، فإن مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وإن هما نصا فى شهادتهما على إقراره فى ابن فى يده أنه منه بأن شهدا أنه أقرّ أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد ، فإن قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين مما ورث مثل ماكان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وأنه دين فى تركته لهما . والذى عندى أنه ينبغى أن يضمنا للورثة مقدار ماورث الابن لأنهما أتلفا ، عليهم بشهادتهما (قوله وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما) وهو مذهب مالك خلافا لأشهب والدية على عاقلة الشهود . ومذهب أحمد إن قالا أخطأنا ضمنا الدية فى مالهما ، وإن قالا تعمدنا اقتص منهما (وقال الشافعى رحمه الله : يقتص لوجود القتل) منهما (تسبيبا فأشبه) الشاهد (المكره) فإنه تسبب بشهادته فى قتل الولى ، كما أن المكره تسبب بإكراهه فى قتل المكره فيقتل كما يقتل المكره (بل هو أولى منه لأن ولىّ القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكره) لايعان على القتل بإكراهه بل (يمنع) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه (ولنا أن القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبيبا.

بمال متقوم ، ثم لايختلف الضمان باليسار والإعسار لكونه ضمان إتلاف وإنه لايختلف بذلك . قال (وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ) إذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية فى مالهما (ولا يقتص منهما . وقال الشافعى : يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فأشبه المكره) أى فأشبه المسبب هاهنا وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل ، أو فأشبه القاضى المكره لأنه كالملجإ بشهادتهما ، حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول . وقيل أشبه الولىّ المكره وهو ليس بشىء لأنه ليس بملجإ إلى القتل . وقوله (بل أولى) أى التسبيب هاهنا أولى من الإكراه لأن التسبيب موجب من حيث الإفضاء والإفضاء هاهنا أكثر لأن المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه ، والولىّ يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر إفضاء ، ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد أولى (ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر ، وهو مستغنى عنه هاهنا لأنه لم يختلف فيه أحد ، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن

(قال المصنف : وإذا شهدا إلى قوله ضمنا الدية) أقول : قال ابن الهمام : والدية على عاقلة الشهود انتهى. وفيه بحث لأن العاقلة لاتعقل اعترافا (قوله وقيل أشبه الولىّ المكره وهو ليس بشىء لأنه ليس بملجأ إلى القتل الخ) أقول : نعم إلا أنه كالملجإ من حيث ظهور إيثاره القصاص بالطبع تشفيا على ما سيعرف به ، ومن تأمل كلام المصنف : أعنى قوله لأن الولى يعان لايتردد فى أظهرية إرادة الولى من المكره على تقدير كونه اسم مفعول . ثم اعلم أن صاحب القيل السغناقى والكاكى (قال المصنف : ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا) أقول : أى تسبيبا يوجب القصاص ، إذ الكلام فيه لامطلق التسبيب فإنه مما لامجال لإنكاره. قال الإمام السغناقى : ذكر فى الأسرار : ومن مشايخنا من قال فى تعليل المسئلة بأن الشهود.

لأن التسبيب مايفضى إليه غالبا ، وهاهنا لايفضى لأن العفو مندوب ، بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ، ولأن الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ، ثم لا أقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص ،

(لأن التسبيب مايفضى إليه) أى إلى ماتسبب فيه (غالبا) والشهادة لاتفضى إلى قتل الولى على وجه الغلبة ، وإن أفضت إلى القضاء ، بل كثيرا مايقع ثم تقف الناس فى الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالبا إليه بل قد وقد ، فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفى ، ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ، ولا شك أن هذا بالنظر إلى مجرد ذاته ومفهومه يقتضى كثرة وجوده بالنسبة إلى القتل فكيف إذا علم كثرة وقوعه ، وإذا انتفى التسبيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكره) يعنى فحالف الولىّ المكره (لأن) الغالب أن (الإنسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكره بإكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ماهو المفضى للقتل بسبب الإيثار الطبيعى . ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو إثبات مايفضى غالبا إلى الفعل . ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختيارى) ذى الاختيار الصحيح : أعنى قتل الولىّ المعترض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) إلى الشاهد كما عرف فيمن فك إنسان قيده فأبق باختياره وأمثاله ، كمن دفع إنسانا فى بئر حفرها غيره تعديا فإنه بدفعه الاختيارى انقطعت نسبة التلف إلى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر مختارا ،

يكون إعاء إلى أن المباشر للقتل وهو الولىّ لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد ، وكذا تسبيبا لأن التسبيب إلى الشىء هو مايفضى إليه غالبا ، وما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه ، قال الله تعالى ـ وأن تعفو أقرب للتقوى ـ بخلاف المكره فإن الإكراه يفضى إلى القتل غالبا ، لأن المكره يؤثر حياته ظاهرا . ولقائل أن يقول : ظهور إيثار حياته إما أن يكون شرعا أوطبعا ، والأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص ، والثانى مسلم ولكن معارض بطبع ولى المقتول فإنه يؤثر التشفى بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال (ولأن الفعل الاختيارى) يعنى سلمنا أن ثمة تسبيبا ، ولكن الفعل الاختيارى يقطع نسبة ذلك الفعل إلى غيره ، والفعل هاهنا وهو القتل وجد من الولىّ باختياره الصحيح فقطع نسبته إلى الشهود . سلمنا أنه لايقطع نسبته إلى الشهود لكن لاأقل أن يورث شبهة يندرىء بها القصاص . فإن قيل : لوأورث شبهة لاتدفع

مسببون ، إلا أنه ضعيف لأن المذهب عنده أن المسبب والمباشر واحد ؛ ألا يرى أنه يلزمه الكفارة ، إلا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لأن الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين ، فأما الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ماثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل . وفى الكافى فى قوله فى الهداية : ولنا أن القتل إلى قوله يؤثر حياته ظاهرا مشكل لأن الأمر على القلب ، فالظاهر أن الولى يقدم على القتل لكونه مباحا له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكره لايقدم لأنه لايباح له قتله ، ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى (قال المصنف : لأن السبب) أقول : الألف واللام بدل من المضاف إليه ، والضمير فى إليه راجع إليه غالبا وهو السبب الملجئ أو ما يجرى مجراه (قال المصنف : مايفضى إليه غالبا) أقول : منقوض بحافر البئر . والجواب أن المراد سبب القتل الذى يوجب القصاص مايفضى إلى القتل غالبا فليتأمل ، وإن شئت التفصيل فراجع إلى الكشف شرح البزدوى فى مباحث السبب (قوله ولقائل أن يقول ، إلى قوله : بالقصاص ظاهرا) أقول : بين الظهورين فرق ظاهر ، فإن إيثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ؛ ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار ، بخلاف إيثار التشفى فإنه ليس بتلك المثابة إذ يمنع عنه كثيرا إيثار العفو ابتغاء الثواب مع أنه مطبوع على حب الثناء فى العاجل وإظهار السماحة والكرم أيضا وذلك يدعو إلى العفو فليتأمل (قوله ولهذا تنزل فقال ولأن الفعل الخ) أقول : أى ولكون هذا السؤال متوجها تنزل المصنف (قوله يعنى سلمنا أن ثمة الخ) أقول : إذا كان كلام المصنف منعا يكون اعتراض الشارح خارجا عن الآداب ..

بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى المختلف . قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لأن الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم (ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم)

بخلاف المكره فإنه وإن اعترض فعله الاختيارى عن الإكراه لكن اختياره اختيار فاسد للإكراه عليه فكان كلا اختيار ، ولذا لايصح مع اختياره هذا البيع ولا إجازة بيعه ولا إجارته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بها ذلك القتيل ، على أنه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة إلى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة فى إيجاب القصاص عليه والقصاص يندرىء بالشبهات (بخلاف المال فإنه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبه المكره بكسر الراء ، وقوله والمكره يمنع بفتحها ، والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبى الليث . وفى شرح الجامع الكبير للعتابى : إذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا فقضى بذلك وأخذ الولىّ الدية فى الخطإ وقتل القاتل فى العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا ، فالعاقلة فى الخطإ إن شاءوا رجعوا على الآخذ لأنه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد ، وإن شاءوا ضمنوا الشهود لأنهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولىّ لأنهم ملكوا المضمون وهو الدية بأداء الضمان فتبين أن الولى أخذ مالهم . وفى العمد لايجب القصاص على الولىّ ولا على الشهود ، لأن القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولىّ الدية ولا يرجع هو على أحد ، وبين أن يضمنوا الشاهدين ، وهما لايرجعان عند أبى حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لأنه لايقبل التمليك لأنه ليس مالا ، وعندهما يرجعون بما ضمنوا لأن أداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون لكن لم يثبت الملك فى المضمون لعدم قبوله فيثبت فى بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات فى يده وضمن المالك الأول يرجع على الثانى بما ضمن لما قلنا كذا هذا (قوله وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لأن الشهادة) التى (فى مجلس القضاء) وهى التى بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم . ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا) ولم يذكر المصنف خلافا .

الدية أيضا لأنه بدل القصاص . أجاب بقوله (بخلاف المال لأنه يثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ماسقط بالشبهات سقوط مائبت بها ، وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الإكراه فإنه لم يتحلل هناك من المباشرة فعل اختيارى يقطع النسبة عن المكره لأن اختياره فاسد واختيار المكره صحيح ، والفاسد فى مقابلة الصحيح فى حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه ، وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية ، فإن رجع الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فاولىّ المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما ، والإتلاف الحكمى فى حكم الضمان كالحقيقى ، فإن ضمن الولىّ لم يرجع على الشاهدين بشىء لأنه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره ، وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولى فى قول أبى حنيفة خلافا لهما . قالا : كانا عاملين للولىّ فيرجعان عليه ، وقال : ضمنا لإتلاف المشهود عليه حكما ، والمتلف لايرجع بما يضمن بتسبيبه على غيره وتمام ذلك بما فيه ، وعليه يعرف فى المختلف تصنيف الفقيه أبى الليث لاتصنيف علاء الدين العالم . قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق) لأن الشهادة فى مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم . ولو رجع الأصول ، فإما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا ،

لأنهم أنكروا السبب،وهو الإشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد ، بخلاف ماقبل القضاء (وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لاضمان عليهم) لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم . وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا

وفي شرح القدوري لأبي نصر البغدادي قال : هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى . وذكر أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما إذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حيا لايضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الأصلين أشهداهما غير أن الولي يرد على العاقلة ما أخذ منها ، ولو حضر الأصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت إلى إنكارهما ولا ضمان على الأصلين . أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنهما لو رجعا بأن قالا أشهدناهما بباطل لاضمان عليهما لأن شهادتهما وإشهادهما للفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء، فإذا لم يضمنا بالرجوع فكذا إذا ظهر المشهود بقتله حيا . فأما عند محمد فيضمنان بالرجوع . ثم قال هنا : لايضمنان : يعني قال محمد في إنكار الأصول الإشهاد لايضمن الأصلان ، ثم ذكر ترددا في أنه قاله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة أو قاله اتفاقا . وأما صاحب النهاية فصرح بأن عدم الضمان بالإجماع . قال المصنف في وجهه (لأنهم أنكروا) أي شهود الأصل (السبب وهو الإشهاد ، وذلك لايبطل القضاء لأنه خبر يحتمل) الصدق والكذب (فصار كرجوع الشاهد) يعني بعد القضاء لاينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) إذا أنكروا الإشهاد (قبل القضاء) لايقضى بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله ، هذا إذا قالوا لم نشهدهم (فإن قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الأصول) هكذا أطلق القدوري وحكم المصنف بأن الضمان قول محمد . أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الأصول . لمحمد أن الفرعين نقلا شهادتهما إلى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بأنفسهما وأديا فإذا رجعا ضمنا . وغاية الأمر أن تكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ، ولا حاجة إلى اعتبار الفرعين نائبين عن الأصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع ، فإنه لوكان كذلك لعمل منع الأصلين إياهما عن الأداء بعد التحميل ولا يعمل، فلهما بل عليهما أن يؤديا لو منعاهما بعد التحميل . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع لأنهم يشهدون بشهادة الأصول ، فهو كما لو شهدوا بحق آخر إنما يقضى به بشهادتهم ، وهذا لأن القاضي إنما

أو يقولوا أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك ، فإن كان الأول فلا ضمان على الأصول بالإجماع لأنهم أنكروا سبب الإتلاف وهو الإشهاد على شهادتهما ، ولا يبطل القضاء لأن إنكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الأصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا ، وإن كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : ضمنوا (لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة) وقد عاين شهادتهم ، والموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سببا للإتلاف (وله أن الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القاضي) والقضاء يحصل بشهادة الأصلين ولهذا

(ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لأن القضاء وقع بشهادتهم : وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذى ذكر فيتخير بينهما ، والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما فى التضمين (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك) لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ، ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع .

يقضى بما عاين من الحجة وهو شهادتهما . وإذا ثبت أن القضاء ليس إلا بشهادتهما لم يضمن غيرهما ، وقد أخر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجع عنده ما أخره (قوله ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع) والضمان إنما يكون برجوع من قضى بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار ، إن شاء ضمن الأصول : وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا) وهو قولهما إن القضاء بما عاين القاضى من الحجة ، وإنما عاين شهادة الفروع (ومن الوجه الذى ذكر) أى محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فالقضاء بالشهادة المنقولة وهى شهادة الأصول . وقوله (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف ؟ فقال هما متغايرتان لأن شهود الأصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم . وقيل لأن إحداهما إشهاد والأخرى أداء للشهادة فى مجلس القضاء ، ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بأمر واحد ، فلهذا لم يجمع بين الفريقين فى التضمين بل أثبت له الخيار فى تضمين أى الفريقين شاء ، ولا يرجع واحد من الفريقين إذا ضمن بما أدى على الفريق الآخر ، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب ، فإنه إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لأن كلا من الفريقين مؤاخذ بفعله ، فإذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الأصول ، إذ لولا إشهاد الأصول ما تمكن الفروع من النقل ، ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الأصول والفروع فى حق المشهود عليه

يعتبر على حدتهما فصارا كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا ، وفى ذلك يلزمهم الضمان فكذا هاهنا (ولو رجع الأصول والفروع جميعا) فعندهما (يجب الضمان) على الفروع لا غير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه مخير) بين تضمين الأصول والفروع عملا بالدليلين ، وذلك (لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الأصول من الوجه الذى ذكره محمد) والعمل بهما أولى من إهمال أحدهما . فإن قيل : فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف . أجاب بقوله (والجهتان متغايرتان) لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول ، ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل فى حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره ، وتأخير دليل محمد فى المسئلتين يدل على اختيار المصنف . قول محمد (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم) ولا يبطل به القضاء لأنه خبر محتمل ولا ضمان عليهم ، لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم

(قوله والجهتان متغايرتان) أقول : المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهى محمد والإمامين .

قال (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الإحصان . وله أن التزكية إعمال للشهادة ، إذ القاضى لايعمل بها إلا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة ، بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض (وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط

سبب الضمان . أما الفروع فبالنقل . وأما الأصول فبتحميلهم الفروع على النقل ، إذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه (قوله وإن رجع المزكون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدورى . وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبى حنيفة رحمه الله . وعندهما لايضمنون لأن القضاء الذى به الإتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف إليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الإحصان) إذا رجعوا بعد الرجم لايضمنون الدية باتفاقنا . ولأبى حنيفة رحمه الله أن التزكية علة إعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا إلى التزكية لأن الحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة بخلاف الإحصان لأنه ليس العلة فى القتل بل العلة فيه الزنا ، والإحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لايثبتون الزنا ، فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض : أى عند وجوده فيكون الحد كذا ، وتمام المؤثر فى الحد رجما كان أو جلدا ليس إلا الزنا ، إلا أنه قد يقال من طرفهما إن الحكم لايضاف إلى علة العلة إلا عند عدم العلة وعند وجودها لايضاف إلا إليها . وهذا فرع ذكره فى المبسوط : شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار ، فإن ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لاضمان عليهم ولا على الشهود ، أما الشهود فلأنه لم يتبين كذبهم فى الشهادة ، بل الواقع أن لاشهادة على المسلمين من عبيد أو كفار . وأما المزكون فلأنهم اعتمدوا قول الناس فى ذلك ، وليس إخبارهم القاضى بذلك شهادة ، وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما الدية فى بيت المال فى الوجهين لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف وهو الزنا ، إنما أثنوا على الشهود خيرا . وأبو حنيفة يقول : جعلوا ما ليس بموجب : أعنى الشهادة موجبا بالتزكية إلى آخره : يعنى ما ذكرنا (قوله وإذا شهد شاهدان باليمين) أى شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل

إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لايفيد شيئا . قال (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ) إذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا ، فإن ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس إنهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لأنه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم ، إذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية فى بيت المال ، وإن رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه الزنا وما تعرضوا له ، وإنما أثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثنى على الشهود كشهود الإحصان . وله أن التزكية إعمال للشهادة ، إذ القاضى لايعمل بالشهادة إلا بالتزكية ، وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير ، وعلة العلة كالعلة فى إضافة الحكم إليها ، وإنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة ، وإنما هى سبب أضيف إليه الحكم لتعذر الإضافة إلى العلة ، بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض لأن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة ، وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا . قال (وإذا شهد شاهدان باليمين الخ) إذا شهدا على رجل أنه قال لعبده إن دخلت هذه الدار فأنت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها

(قوله فإن ثبتوا على التزكية الخ) أقول : سبق هذا البحث فى باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لامرأته الخ) أقول : هاهنا نوع مسامحة ، إذ يدل على أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت حرة ، والمراد واضح .

ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لأنه هو السبب ، والتلف يضاف إلى متبنى السبب دون الشرط المحض : ألا ترى أن القاضى يقضى بشهادة اليمين دون شهود الشرط ، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه . ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول .

الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فإنه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية . قال : لأن التلف حصل بشهادتهم . قلنا : القضاء بالعتق والطلاق إنما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حرّ فإنه العلة فى الوقوع وهو الذى سماه المصنف السبب ، وذلك إنما أثبته شهود اليمين ، بخلاف شهود الدخول لأن الدخول لم يوضع شرعا علة لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة ، وإذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لأن العلة إنما هى الثقل فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى . ومن هذا إذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لأن الاختيار هو العلة والتخيير سبب ، ولا يلزم على هذا إذا شهدا أنه تزوّج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وإن كان وجوب المهر بالتزوّج لأن شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من أن تكون إتلافا ، ثم مقتضى ما فى وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم بإثباتهم ما يثبت السبب عنده ، بخلاف ما إذا رجع معهم شهود اليمين ، وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ . قال العتابى قال أكثر المشايخ : يضمنون لأنهم تسببوا فى التلف بغير حق ، لأن له أثر فى وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان

وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة ، وقوله خاصة رد لقول لزفر رحمه الله ، فإنه يقول : الضمان عليهم لأن المال تلف بشهادتهما . وقلنا : السبب هو اليمين لامحالة ، والتلف يضاف إلى السبب دون الشرط المحض لأن السبب إذا صلح لإضافة الحكم إليه لا يصار إلى الشرط كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان عليه دون الحافر (قوله ألا ترى) توضيح الإضافة إلى السبب دون الشرط ، فإن القاضى يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الأئمة السرخسى إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط ، وفيما إذا كان اليمين ثابتة بإقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لأن العلة لاتصلح لإضافة الحكم إليها هاهنا فإنها ليست بتعدّ فيضاف إلى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر . قيل وهو غلط ، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات لأن قوله أنت حرّ مباشرة لإتلاف المالية ، وعند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدى أو لا ، بخلاف مسئلة الحفر فإن العلة هناك ثقل الماشى ، وليس ذلك من مباشرة الإتلاف فى شىء فلذلك جعل الإتلاف مضافا إلى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها فى صدر البحث ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قوله كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان الخ) أقول : لأنه مسبب قريب والعلة الثقل ، فإذا ضمن مثبت السبب القريب فيما إذا اجتمع السببان لقربه فلأن يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى (قوله وإن لم يشهد بالدخول) أقول : فيه تأمل .

(كتاب الوكالة)

عند عدم العلة ، بخلاف الإحصان لأنه أثر فى منع وجود العلة لأن الدخول فى نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لاسبب إتيانه فلا يلحق بالعلة . وجعل شمس الأئمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ماذكرنا من كلام العتابى ، ثم قال : وهذا غلط ، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه فى الزيادات ، لأن قوله أنت حرّ مباشرة الإتلاف ، وعند وجود الشرط يضاف إليه لا إلى الشرط سواء كان تعديا أولا . بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشى ، وذلك ليس من مباشرة الإتلاف فى شىء فلهذا يجعل الإتلاف مضافا للشرط وهو إزالة المسكة . ثم لايخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم إذا أقر بالتعلية فشهدا بوجود الشرط . وأما لو شهد اثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغى أن يختلف فى عدم الضمان عليهم ، والله أعلم .

(كتاب الوكالة)

أعقب الشهادة بالوكالة لأن كلا من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعى معتمد عليه كل منهما . والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك إلى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفها منك

(كتاب الوكالة)

عقب الشهادات بالوكالة لأن الإنسان لما خلق مدنيا بالطبع يحتاج فى معاشه إلى تعاضد وتعاوض ، والشهادات من التعاضد والوكالة منه ، وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها . والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا إذا فوّض إليه ذلك ، والوكيل هو القائم بما فوّض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر : أى مفوض إليه . وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم . وهى عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى ـ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ـ ولم يلحقه النكير . والسنة وهو ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية » وبالإجماع . فإن الأمة قد أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا . وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها . وركنها لفظ وكلت وأشباهه . روى بشر عن أبى يوسف : إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع

(كتاب الوكالة)

(قوله والشهادات من التعاضد الخ) أقول : ولأن الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فإنها كما سيجىء آنفا عقد جائز فاستحقت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا) أقول : كما إذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا (قوله وهى عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى ـ فابعثوا أحدكم ـ الآية) أقول : فإن قيل : لم لايجوز أن يكون رسالة ؟ قلنا : الرسالة تبليغ الكلام إلى الغير بلا دخل له فى التصرف ، والمبعوث إلى المدينة كان مأمورا بشراء الطعام .

: : : . . . . :

أو عجزا عنه . والوكالة أبدا إما للعجز أو للترفه وكل منهما للضعف ، ولذا كان معنى الوكل من فيه ضعف ، وفسر قول لبيد :

وكأنى ملجم سوذانقــا　　أجدليا كرّه غير وكل

والسوذانق والسوذق والسوذنيق : الشاهين ، والأجدل : الصقر نسب فرسه إليه ووكله جعله وكيلا : أى مفوّضا إليه الأمر ، ومنه وكل أمره إلى فلان ، ومن هذا قول الحطيئة :

فلأيا قصرت الطرف عنهم بجرّة　　أمون إذا واكلتها لا تواكل

يعنى إذا فوّضت أمرها إليها لاتوكل نفسها إلى أن أحثها على السير بل تستمر على جدها فى السير ولا تضعف فيه . أو توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله واتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فأدغمت فى تاء الافتعال . وأما الوكيل فهو القائم بما فوّض إليه من الأمور وهو فعيل بمعنى مفعول : أى موكول إليه الأمر ، فإذا كان قويا على الأمر قادرا عليه نصوحا تم أمر الموكل فإذا رضى سبحانه وتعالى أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم ، فكيف إذا أوجبه عليك لتحقق مصلحتك فضلا منه . قال الله عز وجل ـ ربّ المشرق والمغرب لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا ـ وعلى هذا استمرار إحسانه وبرّه لا إله غيره . وأما شرعا فالتوكيل إقامة الإنسان غيره مقامه فى تصرف معلوم ، فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط . وفى المبسوط : قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالى : إنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط . وقال الإمام المحبوبى : إذا قال لغيره أنت وكيلى فى كل شىء كان وكيلا بالحفظ . وأما سببها فدفع الحاجة المتحققة إليها كما سيظهر فى كلام المصنف . وأما ركنها فالألفاظ الخاصة التى بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا أو دلالة فإنه إذا سكت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فإنه ينفذ ويظهر بالعمل قبوله . وروى بشر عن أبى يوسف أنه إذا قال لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقنى أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل . ولو قال لا أنهاك عن طلاق زوجتى لا يكون توكيلا ، فلو طلق لا يقع . ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونا . وقال الفقيه أبو الليث : الجواب فى الوكالة كذلك ، أما فى الإذن يجب أن يكون مأذونا فى قول علمائنا لأن العبد بسكوت المولى يصير مأذونا وهذا فوق السكوت ، ذكره فى الذخيرة . ولابد من كون المعنى أن قوله لا أنهاك فى حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته إذا رآه يبيع ، وتقدم عن المحبوبى أنت وكيلى فى كل شىء يكون بالحفظ ، قالوا : فلو زاد فقال أنت وكيلى فى كل شىء جائز صنعك أو أمرك ؛ فعند محمد يصير وكيلا فى البياعات والإجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله ، وعند أبى حنيفة فى المعاوضات فقط ، ولا يلى العتق والتبرع . وفى فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى ، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الأصح أنه لا يجوز . ومثله إذا قال وكلتك فى جميع أمورى . ولو قال فوضت أمر مالى إليك يصير وكيلا بالحفظ فقط ، وكذا فوضت أمرى إليك الصحيح أنه مثله :

عبدى هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع . وشرطها أن يملك الموكل التصرف . ويلزمه الأحكام كما سنذكره . وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه ،

قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة .

وفى المبسوط : إذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاضى بيع ولا شراء ، وفوضت لك أمر مستغلاتى وكان أجرها ملك تقاضى الأجرة وقبضها ، وكذا أمر ديونى ملك التقاضى ، وأمر دوابى ملك الحفظ والرعى والتعليف ، وأمر مماليكى ملك الحفظ والنفقة ، وفوضت إليك أمر امرأتى ملك طلاقها واقتصر على المجلس ، بخلاف مالو قال وكلتك . والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لأن المنظور إليه المعانى . وكلتك فى كل أمورى وأقمتك مقام نفسى ليس توكيلا عاما ، فإن كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف إلى ذلك ، وإن لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة . ولو قال وكلتك فى جميع الأمور التى يجوز التوكيل فيها فتوكيل عام يتناول البياعات والأنكحة . وأما شرطها فما سيأتى عند قوله : ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام . وأما صفتها فإنها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سيأتى إن شاء الله تعالى ، ولكون شرعيتها غير لازمة ردّ المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تتجدّد وكالته ، فإن تعليق الوكالة بالشرط جائز فإنه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق إمكان عزله . ثم اختلفوا فى تحقيق لفظ العزل ؛ فقيل أن يكون عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز . وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة ، وذلك إنما يتحقق فى المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبول وجود الشرط . فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح . وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين : يجب أن يتقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة . وقيل هذا إنما يلزم إذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول أبى يوسف إن الإخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح . وأما على قول محمد إنه يجوز فلا وهو المختار . وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ، ولا بد من تقييده بكونه الحكم الأصلى المقصود بالذات من الفعل الموكل به ، وإلا فمن أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة فى ذلك وليس يثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به) هذا ضابط لا حدّ فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمى به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمى مسلما ببيع خمره ، وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمى ، فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به فى الجملة ، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل الذى لم يفوّض إليه التصرف مطلقا فإنه يملك العقد الذى وكل به ولا يملك

وحكمها جواز مباشرة الوكيل مافوّض إليه . قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها مايجوز التوكيل به وما لا يجوز ، فإن مبناه الاحتياج ، فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج إلى التوكيل

(قوله هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول : يخالف لما سيجىء من قوله إن العكس غير لازم وغير مقصود (قوله فقد يتفق) أقول : أى العقد

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله عنهما .

التوكيل به، فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته استبدادا لابناء على إذن غيره (قوله صح عن النبيّ صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكالة حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول « أنه صلى الله عليه وسلم دفع له دينارا ليشترى له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار وأضحية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به ودعا له أن يبارك له في تجارته » ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال : لانعرفه إلا من هذا الوجه ، وحبيب عندى أنه لم يسمع من حكيم إلا أن هذا داخل في الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف صح إذا كان حبيب إماما ثقة . وأخرج أبو داود عن شبيب ابن غرقدة قال : حدثني الحيّ عن عروة البارقى قال : « أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارا يشترى أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا ربح فيه » وأخرجه أيضا أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي لبيد واسمه لمازة بن زياد عن عروة فذكره ، والذى يتحقق من هذا ظن أن هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال . وأما أنه وكل عمر بن أبي سلمة بالتزويج فأخرج النسائي عن ثابت أنه قال : حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إليها يخطبها فأرسلت إليه إني امرأة مصبية ، وإني غيرى ، وإنه ليس أحد من أوليائي شاهدا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما كونك غيرى فسأدعو الله فتذهب غيرتك ، وأما كونك مصبية فإن الله سيكفيك صبيانك ، وأما أن أحدا من أوليائك ليس شاهدا فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضى بى ، فقالت أم سلمة : قم ياعمر

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة) بتزويجها إياه عليه الصلاة والسلام . واعترض على الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة . أما الأول فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه ، والتوكيل به باطل ، والوكيل يعقد بنفسه ، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لايجوز ، والذمى إذا وكل مسلما في الخمر لم يجز ، وجاز أن يعقد الذمى بنفسه فيها . وأما الثانى فلأن المسلم لايجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ، ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبي حنيفة . والجواب عن الأول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف ، وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل . ردّ بأنه تقرير للنقض لا دافع ، وبأن التوكيل بالشراء جائز . وما ذكرتم موجود فيه . والجواب أنه من باب التخلف لمانع ، وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم ، وأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل ، وفى الاستقراض الدراهم المستقرضة وهى ليست ملكه .

(قوله جاز له أن يستقرض الخ) أقول : والاستقراض من العقود (قوله والتوكيل به باطل) أقول : كما سيصرح به في الهداية قبيل باب الوكالة في البيع والشراء (قوله وليس بموجود) أقول : يعنى شرعا (قوله لأن الدراهم ، إلى قوله : في ملك الغير باطل) أقول : منقوض بالتوكيل بالاستعارة والاستيداع وسيجىء ماذكره الشارح في معرض الجواب (قوله والجواب الخ) أقول : يعنى عن الرد (قوله وأن محل عقد الوكالة الخ) أقول : سيجىء تحقيقه من الشارح في الدرس الثانى من فصل البيع (قوله وفى الاستقراض) أقول : فيه تأمل .

. . . .

فزوّج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوّجه إياها» ورواه أحمد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال : صحيح الإسناد . واسم ابن عمر بن أبى سلمة سعيد سماه غير حماد بن سلمة . ونظر فيه ابن الجوزى لعلة باطنة وهى أن عمر كان إذ ذاك : يعنى حين تزوّجها عليه الصلاة والسلام سنه ثلاث سنين فكيف يقال لمثله زوّج . واستبعده صاحب التنقيح بن عبد الهادى قال : وإن كان الكلاباذى وغيره قاله فإن ابن عبد البرّ قال إنه ولد فى السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة . ويقوّى هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبى سلمة «أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم؟ فقال صلى الله عليه وسلم : سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك ، فقال عمر : يارسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر ، فقال صلى الله عليه وسلم : أما والله إنى لأتقاكم لله وأخشاكم له» وظاهر هذا أنه كان كبيرا . ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضى أنه كان وكيلا عن أمه لأنها هى القائلة له قم ياعمر فزوّج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإنما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقى من طريق الواقدى «أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة إلى ابنها عمر بن أبى سلمة ، فزوّجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير» إلا أنهم يضعفون الواقدى خلافا لنا . وفيه دليل على وكالة الصبى العاقل خلافا لهم ، إن نظرنا إلى حديث الواقدى فظاهر ، وإلى الحديث الصحيح فلأنه لم يزوّجها بحكم الولاية على أمه لأن الصبى لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة . وقد قيل إن عمر بن الخطاب رضى الله عنه هو المقول له زوّج والمزوّج هو سلمة بن أبى سلمة . ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن إسحاق فى كتاب الوصايا : حدثنى وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول «أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت : إنى أريد الخروج إلى خيبر ، فقال : إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وابن إسحاق عندنا من الثقات . وأما على توكيل علىّ رضى الله تعالى عنه عقيلا فأخرجه البيهقى عن عبد الله بن جعفر قال : كان علىّ يكره الخصومة ، فكان إذا

لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن ذلك محل التوكيل بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك . والذى جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا فى ذلك بل الجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثانى بأن العكس غير لازم وليس بمقصود . واعترض على قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا . وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهى تراعى

(قوله لا يقال إلى قوله لأن ذلك الخ) أقول : قوله بأن ذلك جواب لقوله لا يقال الخ ، والضمير فى قوله فيه راجع إلى الاستقراض ، والضمير فى بدلها راجع إلى الدراهم فى قوله وفى الاستقراض للدراهم المستقرضة (قوله والذى جاز له توكيل الخ) أقول : وهذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا إلا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح فى معرض الجواب ، ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا . والحق فى الجواب أن يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد النقض ، والذى يملك أن يوكل غيره وهو ذمى مثله فتأمل . ثم أقول : بقى فيه بحث آخر ، إذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ، ثم ليت شعرى ما معنى جوازه (قوله وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم الخ) أقول : فى التنقيح الحكمة المجردة لا تعتبر فى كل فرد لخفائها وعدم انضباطها بل فى الجنس ، فيضاف الحكم إلى وصف ظاهر منضبط يدور معها أو يغلب وجودها عنده كالسفر مع المشقة انتهى . وأنت خبير

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات. وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا ، وبعد ما أسن وكل عبدالله بن جعفر رضى الله عنه (وكذا بإيفائها واستيفائها إلا فى الحدود والقصاص فإن الوكالة لاتصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لأنها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل ، بل هو الظاهر للندب الشرعى ، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع ، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ، فلو منع عنه

كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب ، فلما كبر عقيل وكلنى . وأخرج أيضا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة . وقول المصنف رحمه الله : إن الإنسان قد يعجز إلى آخره ، بيان حكمة شرعية الوكالة (قوله تجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمناه من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات التى بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه مايدعيه الآخر ، وكذا يجوز التوكيل بإيفاء الحقوق واستيفائها إلا فى الحدود والقصاص فى النفس ، وما دون النفس فإن الوكالة لاتصح بإيفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس ، وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفى مطلق ، إذ الايفاء ليس إلا بتسليم ظهره أو نفسه لإقامة الواجب ، وليس ذلك الأمر إلا من الجانى وليس هو الوكيل ، فكان ذلك قيدا فى الاستيفاء ، وإنما لايجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لأنها : أى الحدود والقصاص تندرىء بالشبهات ، وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعى ، قال تعالى ـ وأن تعفو أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والقصاص فإنه يستوفى ذلك مع غيبته لأن الشبهة فيه ليس إلا الرجوع ، وليس قريبا فى الظاهر ولا ظاهر الامن جهة الأصل ولا الغالب لأن الأصل الصدق خصوصا مع العدالة والرجوع ليس غالبا ، بل من نحو ثمانمائة عام لايعرف إلا ما وقع عند على رضى الله تعالى عنه ، والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا ، وهو بمنزلة ما لاوجود له فلا يصير شبهة يدار باعتبارها حكم (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فإن الوكالة به تجوز ،

فى الجنس لا فى الأفراد ، ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع ، وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز . قال (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق الخ) الوكالة جائزة فى جميع الحقوق بالخصومة ، وكذا بإيفائها واستيفائها . أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة ، إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا فى الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب ، وبعد ما أسن عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر ، وأما بإيفائها واستيفائها فلأنه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به إلا فى الحدود والقصاص ، فإن الوكالة باستيفائها فى غيبة الموكل عن المجلس لايجوز لأن الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال . وقوله (وشبهة العفو) دليل على القصاص لأن الحدود لايعفى عنها . وتقريره : القصاص يندرىء بالشبهات وهى موجودة ، لأن شبهة

بأن إضافة الحكم إلى الوصف هنا غير واضح فتأمل (قوله ويجوز أن يقال ذكر الخاص الخ) أقول : ههنا كلام إلا أن يقال قد التحقيق كذا قيل ، وفيه بحث لأن التعليل ليس بالنسبة إلى أحوال التوكيل بل بالإضافة إلى أحوال الإنسان (قوله فلأنه جاز أن يباشر بنفسه الخ) أقول : الأظهر أن يقال فلحاجة أيضا إذ هى المناط كما لايخفى (قوله لأن الحدود تندرئ بالشبهات) أقول : وكذا القصاص كما مر ويصرح به الآن ، فلا وجه لتخصيص الدليل الأول بالحدود (قوله لأن الحدود لايعفى عنها) أقول : غير منقوض بحد القذف وحد السرقة لأن الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لايلتفت إليه و يقطع .

ينسد باب الاستيفاء أصلا ، وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله : لاتجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا) ومحمد مع أبى حنيفة ، وقيل مع أبى يوسف رحمهم الله ، وقيل هذا الاختلاف فى غيبته

فإن المستحق قد لايحسن الاستيفاء ، فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا فى القصاص . وأما الحدود فإن الذى يلى استيفاءها الإمام ، وقد لايحسن فجاز توكيل الجلاد وإلا امتنع . ثم لايخفى أن تعليل المصنف النفى حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو إنما يستقيم فى القصاص دون الحدود لأن العفو فيها لايتحقق أصلا كما أسلفناه فى الحدود ، ولو كان حد قذف وسرقة لأن الحق صار لله سبحانه وحده ، حتى لو عفا المسروق منه لايلتفت إليه ويقطعه ، فالوجه أن يضم مايجرى فيه من إمكان ظهور شبهة أو غلط ، فبعد الاستيفاء لايمكن تداركه فيؤخر إلى أن يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء (قوله وهذا الذى ذكرناه) أى من جواز التوكيل بإثبات الحدود : أى من جهة المقذوف والمسروق منه بإقامة البينة على السبب (قول أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف : لاتجوز الوكالة بإثباتها) وقول محمد مضطرب تارة يضم إلى أبى يوسف وتارة إلى أبى حنيفة ، وظاهر كلام المصنف ترجيحه ، وكذا فعل فى المبسوط (وقيل هذا الخلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (عند غيبة الموكل) فلو وكل بإثباتها وهو

العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل ، بل الظاهر هو العفو للندب الشرعى قال الله تعالى ـ وأن تعفوا أقرب للتقوى ـ وفيه خلاف الشافعى ، يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه . قلنا : سائر حقوقه لاتندرئ بالشبهات ، بخلاف غيبة الشاهد : يعنى يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لأن الشبهة فى حقه الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع إذ الأصل هو الصدق لاسيما فى العدول ، وبخلاف ما إذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة : أى شبهة العفو فإنه فى حضوره مما لايخفى . فإن قيل : إذا كان الموكل حاضرا لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء إذ هو يستوفيه بنفسه . أجاب بقوله : وليس كل أحد يحسن الاستيفاء : يعنى لقلة هدايته أو لأن قلبه لايحتمل ذلك ، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية (قوله وهذا الذى ذكرناه) يعنى جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص ، فإنه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فبقى إثبات الحدود والقصاص داخلة فى قوله بالخصومة فى سائر الحقوق فقال (هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف رحمه الله : لاتجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود ، وقول محمد رحمه الله مضطرب . وقيل : هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائبا) أما إذا حضر فلا اختلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره . لأبى يوسف أن التوكيل إنابة والإنابة فيها شبهة لامحالة ، وهذا الباب مما

(قال المصنف : ينسد باب الاستيفاء أصلا) أقول : فيه شىء ، لكن المراد الانسداد بالنسبة إلى الذى لايحسنه كما صرحوا به (قوله عند حضوره استحسانا) أقول : والقياس أن لايجوز لبدلية (قوله وهذا الذى ذكرناه يعنى جواز التوكيل) أقول : لايخفى عليك أن المشار إليه هو جواز التوكيل فى الحقوق كلها لأنه هو المذكور صريحا ، وهو اللائق لأن يجعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبى حنيفة . وأما عند أبى يوسف لايجوز التوكيل فى بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف ، وما فى الشرح تبعا للإتقانى تكلف ظاهر فليتأمل (قوله واستثنى إيفاء الحدود والقصاص) أقول : الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاؤهما ولا يتوهم جواز التوكيل بإيفائهما حتى يحتاج إلى الاستثناء (قوله بقى الحدود والقصاص الخ) أقول : الأظهر أن يقال بقى الخصومة فى الحدود والقصاص .

دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه . له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب (كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء) ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجرى فيه التوكيل كما في سائر الحقوق ، وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص . وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لاتمنع الدفع ، غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به .

حاضر جاز اتفاقا (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عندحضوره . لأبي يوسف أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب) أي باب الحدود والقصاص حتى لاتثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) لثبوت الحد (لأن وجوبه) إنما (يضاف إلى) نفس (الجناية) لا إلى الخصومة (والظهور) أي ظهور الجناية إنما يضاف (إلى) نفس (الشهادة) لا إلى السعي في إثباتها فكان السعي في ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع . وقوله سائر الحقوق : أي باقيها : أي فتجوز الوكالة بهذا الحق كما في سائر الحقوق، ولاحاجة إلى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما في صحاح الجوهري ثم تخطئته بأنه إنما هو بمعنى الباقي لا الجميع . هذا وقد يمنع انتفاء المانع ، فإن هذه الخصومة ليس إلا السعي في إثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لإسقاطه . فإن قيل : اوضح هذا لم يجز إثباتها من الموكل نفسه على ماذكرت لأنه ساع إلى آخره وذلك يخل بالإجماع . قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحيل وزيادة تكلف لإثباته لأن الظاهر أنه يوكل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الإثبات والشرع أطلق في إثباته لابذلك التكلف الزائد والتهالك فيه ، بل إذا عجز ترك لأنه علة الدرء لأنه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ماعزا حين هرب لما أذلقته الحجارة «هلا تركتموه؟» أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) أجازه أبوحنيفة ومنعه أبويوسف (و) لاشك أن (كلام أبي حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة بإثباتها (لأن الشبهة) التي بها منع أبو يوسف هناك (لاتمنع الدفع) بل تقتضي أن يقول بجواز الوكالة بدفعه ، ثم لايجوز للموكل الإقرار على موكله

يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضى وانتفاء المانع . لايقال : المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء ، والشهادة على الشهادة لأنها في الشرط لايصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود ، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود ، وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور ، وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه . وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لاتمنع الدفع ، ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة ، لكن هذا الوكيل لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا ، والقياس صحته ، لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق . ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم

(وقال أبو حنيفة رحمه الله : لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا . وقالا : يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله . ولا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم .

كما هو قول أبى حنيفة فخلافه هنا عجيب ، والله تعالى أعلم . ثم وجه عدم صحة إقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه فى غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت إلى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فنعتبر عمومه فيما لايندرئ بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرئ بالشرع العام فى الدرء بالشبهات . وفى اعترافه شبهة عدم الأمر به (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله : لايجوز التوكيل بالخصومة) من قبل المدعى أو المدعى عليه (إلا برضا الخصم) إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا (وقالا : يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم) قالوا : فعلى هذا معنى قولنا لايجوز التوكيل الخ لايلزم إلا برضا الآخر . وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوى وكثير خلاف ذلك ، وساق عباراتهم فلم ترد على ما عداه من نحو قول القدورى المسطور هنا ، وهو لايجوز التوكيل إلا برضا الخصم ، وهم قد عدوا ذلك ولم يشكوا فيه ، وإنما فسروه بذلك . وسبق المصنف شمس الأئمة إلى ذلك فقال : التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح ، لكن للخصم أن يطلب الخصم أن يحضر بنفسه ويجيب . ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكروه . وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لأحد القول بأنه إذا وكل فعلم خصمه فرضى لايكون رضاه كافيا فى توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة أخرى على ماهو مقتضى الظواهر التى ساقها علموا أن المراد بلا تجوز إلا برضاه أنها لاتمضى على الآخر وتلزم عليه إلا أن يرضى ، ومعنى هذا ليس إلا أن اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور ، ومن العبارات التى نقلها ما عن أبى حنيفة : لا أقبل وكالة من حاضر صحيح إلا أن يرضى خصمه ، وهى قريبة من التفسير المذكور . والحاصل أنه يجب التعويل على ماذكره القوم حتى أنه إذا وكل فرضى الآخر لايحتاج فى سماع خصومة الوكيل إلى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة

الأمر به . قال (وقال أبو حنيفة : لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم) اختلف الفقهاء فى جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم . قال أبو حنيفة رحمه الله : لايجوز التوكيل بها إلا برضاه سواء كان الموكل هو المدعى أو المدعى عليه إلا بالمرض أو السفر (وقالا : يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف (ولا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم) ومعناه أنه إذا وكل من غير رضاه وهل يرتد برده أولا ؟ عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم ، فإن الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم . وفيه نظر لأنا لانسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك فى أصول الفقه . سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز . والحق أن قوله لايجوز التوكيل بالخصومة

(قوله وفيه نظر لأنا لانسلم أن الجواز الخ) أقول : الظاهر أنه حمل الجواز على الإمكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للزوم مما لايقبل المنع (قوله ليس بمجاز) أقول : بل كناية كما صرح به فى المفتاح ، وفيه بحث ، فإنهم صرحوا بأن العمدة فى الفرق بين المجاز والكناية هو جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ، ولا تعويل على ماذكره الكاكى ، كيف وقد اعترف هو أيضا بأن ماذكره تكلف ارتكبه للضبط فراجعه .

لهما أن التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون . وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره ، والناس متفاوتون فى الخصومة ، فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر ، بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ،

(لهما أن التوكيل) بالخصومة (تصرف فى خالص حقه) لأن الخصومة حقه الذى لا يصدّ عنه فاستنابته فيه تصرف فى خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضى الديون . وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ، ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شىء ليجيبه عما يدعيه عليه . وغاية ما ذكرتم أنه تصرف فى خالص حقه لكن تصرف الإنسان فى خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعدّ إلى الإضرار بغيره (و) لا شك أن (الناس يتفاوتون فى الخصومة) كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام «إنكم تختصمون إلىّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضى له ، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما هى قطعة من نار» ومعلوم أن الوكيل إنما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وإن لم يكن الحق معه ، كما أفاده الحديث المذكور ، وفى هذا ضرر بالآخر فلا يلزم إلا بالتزامه ، وصار (كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين) فإنه تصرف فى خالص حقه ، ومع هذا لما كان متضمنا الإضرار بالآخر كان له فسخها ، وكمن استأجر دابة ليركبها فإجارته إياها تصرف فى حقه ومملوكه ، ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الإضرار بالمؤجر إذ كان الناس يختلفون فى الركوب ، بخلاف ما قاس عليه من التوكيل بتقاضى الدين فإنه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فإن القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب أن يقضى ما عليه ، وللتقاضى حدّ معلوم إذا جاوزه منع منه ، بخلاف الخصومة فإن ضررها أشدّ من شدة التقاضى ، وعدم المساهلة فى القبض لتضمنها التحيل على إثبات

إلا برضا الخصم فى قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضى به الخصم صح وإلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف فى الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازا (لهما أن التوكيل تصرف فى خالص حقه) لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة ، والتصرف فى خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضى : أى بقبض الديون وإيفائها . ولأبى حنيفة رحمه الله : إنا لا نسلم أنه تصرف فى خالص حقه ، فإن الجواب مستحق على الخصم . ولهذا يستحضره فى مجلس القاضى ، والمستحق للغير لا يكون خالصا له . سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان فى خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره ، وهاهنا ليس كذلك لأن الناس متفاوتون فى الخصومة ، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين فإنها تتوقف على رضا الآخر ، وإن كان تصرفا فى خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الإمضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه ، وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد

(قوله فى قوة قولنا التوكيل الخ) أقول : فيه نظر ، فإنا لا نسلم أنه فى قوة ماذكره ، فإن مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لاشتراط لزومه به . والحاصل أن نفى الجواز أخص بناء على أن نقيض الأعم أخص من نقيض الأخص من نفى اللزوم ، والمقصود بالإفادة هنا هو الثانى لا الأول إذ لا خلاف فيه (قوله وإلا فلا) أقول : هذا مناف لغرضه (قوله لأنه وكله الخ) أقول : أنت خبير بقصور الدليل عن إفادة المدعى فإنه كان عاما لتوكيل المدعى أيضا (قوله والمستحق للغير) أقول : يعنى المستحق المدعى (قوله فكان خالص حقه) أقول : الظاهر أن يقال حقهما إلا أنه راعى عبارة الدليل فافهم ، والضمير فى قوله حقه راجع إلى الموكل .

ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة ، ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازى رحمه الله : يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لايمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها . قال : وهذا شيء استحسنه المتأخرون .

ماليس بثابت أو دفع ماهو ثابت فلا يقبل بغير رضاه ، إلا إذا كان معذورا وذلك بسفره فإنه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه ، وتوكيل على رضى الله عنه وغيره بالخصومة إن لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لأحد . قال شمس الأئمة : والذى نختاره أن القاضى إذا علم من المدعى التعنت فى إبائه التوكيل يقبله من غير رضاه ، وإذا علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالتوكيل لايقبله إلا برضا الآخر فيتضاءل وقع الضرر من الجانبين . ثم ذكر فى حد المرض : إن لم يستطع المشى ويقدر على الركوب ولو على إنسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل ، وإن لم يزدد اختلفوا فيه . والصحيح أن له أن يوكل لأن نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم)من الحاضر (عند إرادة السفر) غير أن القاضى لايصدقه فى دعواه بإرادته فينظر إلى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك . كما إذا أراد فسخ الإجارة بعذر السفر فإنه لايصدقه إذا لم يصدقه الآجر فيسأل كما ذكرنا ، فإن قالوا نعم تحقق العذر فى فسخها (قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازى) وهو الإمام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن على الرازى (يلزم التوكيل)منها (لأنها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) أو يضيع حقها . قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعنى إما على ظاهر إطلاق الأصل وغيره . عن أبى حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة ، والفتوى على ما اختاروه من ذلك ، وحينئذ فتخصيص الرازى ثم تعميم المتأخرين ليس إلا لفائدة أنه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه . ثم ذكر فى النهاية فى تفسير المخدرة عن البزدوى أنها التى لايراها غير المحارم من الرجال . أما التى جليت على المنصة فرآها الرجال لاتكون مخدرة ، وليس هذا بحق ، بل ماذكره المصنف من قوله وهى التى لم تجر عادتها بالبروز ، فأما حديث المنصة فقد يكون عادة العوام تفعله بها والدتها ثم لم يعهد لها بروز ومخالطة فى قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها (يلزم توكيلها) لأن فى إلزامها بالجواب تضييع حقها ، وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى . ثم إذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها . وفى أدب القاضى للصدر الشهيد : إذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهى التى لم يعهد لها خروج إلا لضرورة . فإن كان القاضى مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك

جوابا عن التنزل بأن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الأسهل ، والمرض المانع عن الحضور هو الذى يمنع عنه مطلقا . وأما المستطيع بظهر الدابة أو الحمال فإذا ازداد مرضه صح التوكيل وإن لم يزدد . قال بعضهم : هو على الخلاف ، وقال بعضهم : له أن يوكل وهو الصحيح ، وإرادة السفر كالسفر فى صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لايصدق منه دعوى ذلك إلا بالنظر إلى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما فى فسخ الإجارة (ولو كان الخصم امرأة مخدرة وهى من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم . قال أبو بكر الرازى : يلزم التوكيل لأنها لوحضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها . قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون) وأما فى الأصل فإنه لافرق عند أبى حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب فى عدم جواز الوكالة إلا بالعذرين المذكورين ، وعندهما كذلك

(قال : ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام)

وإن لم يكن بعث أميناوشاهدين يعرفان المرأة والمريض، فإن بعثهما يشهدان على إقرار كل منهما أو إنكاره مع اليمين لينقلاه إلى القاضي ، ولا بدّ للشهادة من المعرفة ، فإذا شهدا عليهما قال الأمين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي بإقرره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل . ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الأمين عليه ، فإن أبى الحلف عرضه ثلاثا ، فإذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته ، فإذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله . قال السرخسي : هذا اختيار صاحب الكتاب ، فإنه لايشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول . فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول ، فقال بعضهم : الأمين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقله الشاهدان إلى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي . وقال بعضهم : يقول القاضي للمدعى أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة ؟ فإذا رضى بعث أمينا بالتحكيم إلى الخصم يخبره بذلك ، فإذا رضى بحكمه وحكم ، فإن كان مما لا اختلاف فيه نفذ ، وإن كان مما فيه خلاف توقف على إمضاء القاضي . والقضاء بالنكول مختلف فيه ، فإذا أمضاه نفذ على الكل . وفى الذخيرة من الأعذار التى توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم . عند أبى حنيفة رحمه الله : حيض المرأة إذا كان القاضى يقضى فى المسجد، وهذه على وجهين : إن كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه ، أو مطلوبة إن أخرها الطالب إلى أن يخرج القاضى من المسجد لايقبل توكيلها بغير رضا الطالب . ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ، إن كان فى حبس هذا القاضى لا يقبل التوكيل بلا رضاه لأن القاضى يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده ، وإن كان فى حبس الوالى ولا يمكنه الوالى من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الأحكام) فهذان شرطان للوكالة فى الموكل. قيل إنما يستقيم الأول على قولهما ، أما على قوله فلا لأنه يجيز توكيل المسلم الذى ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه ، بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به . وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية

فى جوازها . وقال ابن أبى ليلى : تقبل من البكر دون الثيب والرجل . قال(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام) قال صاحب النهاية : إن هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد . وأما على قول أبى حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف ، لأن المسلم لايملك التصرف فى الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام فى قوله يملك التصرف للعهد : أى يملك التصرف الذى وكل به وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبيّ والمجنون فيكون على مذهب الكل

(قوله قال صاحب النهاية : إن هذا القيد الخ) أقول : فى الكافى : اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لأن التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ، ومن لايقدر على شىء كيف يقدر عليه غيره ، وقيل هذا على قول أبى يوسف ومحمد . وأما على قول أبى حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل ، فإما أن يكون الموكل مالكا التصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذى بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد . وقيل المراد به أن يكون مالكا التصرف نظرا إلى أصل التصرف وإن امتنع لعارض، وبيع الخمر لايجوز للمسلم فى الأصل وإن امتنع لعارض النهى انتهى. فعلى هذا لوجعل اللام للعهد يستقيم الكلام على مذهب أبى حنيفة أيضا فليتأمل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول : سبقه إلى هذا الكلام الإتقانى (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ) أقول : ينبغى أن يراد بجنس التصرف جنس التصرف الذى يتعلق بمحل التوكيل لظهور أن الموكل لايملكه غيره (قوله احترازا عن الصبى)

لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره .

نفسه بأن يكون بالغا عاقلا ، وهذا حاصل فى توكيل المسلم الذمى ببيع خمر وشرائها ، ثم حمد الله تعالى على ماهداه لذلك وهو خطأ إذ يقتضى أن لايصح توكيل الصبى المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح ، بل إذا وكل الصبى المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع . وأورد عليه ما إذا قال بع عبدى هذا بعبد أو اشتر لى به عبدا صح التوكيل مع أنه لايصح مباشرة الموكل لمثل هذا ، كما لو قال لغيره بعتك عبدى هذا بعبد أو اشتريت هذا منك بعبد لايجوز . أجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة فى الجهالة ، فإنها إنما تمنع فى المباشرة لاالتوكيل ، وذلك لأنها إنما تمنع لإفضائها إلى المنازعة لا لذاتها ، ولذا لم تمنع فى بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه ، وجهالة الوصف

وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب بكلمة من جنس التصرف (قوله وتلزمه الأحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام ، فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لأنه لم تلزمه الأحكام ، وعلى هذا يكون فى الكلام شرطان . والثانى احتراز عن الصبى والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطا واحدا ، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح والأحكام لاتلزمه . فإن قلت : إذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولايجوز توكيله . قلت : غلط ، فإن وجود الشرط لايستلزم وجود المشروط لاسيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه (قوله لأن الوكيل) دليل اشتراط ما شرطت به ، وذلك لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لايملكه محال . ولقائل أن يقول : الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذى وكل فيه ، والثانى مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمى ببيع الخمر ، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح . والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه . ولاينافيه أيضا لجواز ثبوت شىء بأمرين على البدل . والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل من يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه أحكام ماباشره

أقول : يعنى المحجور (قوله فإن الأنسب بكلمة من جنس التصرف الخ) أقول : لايخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف . والجواب أن مراده أن المالك التصرف المخصوص لايتعدد حتى يستقيم إدخال « من » فى من يملك، لكن ظاهر أن المراد أيضا جنس التصرف المخصوص فللملك قال : فإن الأنسب الخ ، ثم إن الأنسبية قد فاتت فى قوله ويقصده كما لايخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول : أى التصرف الموكل به (قوله وجنس الأحكام) أقول : أى جنس أحكام جنس التصرف (قوله فالأول) أقول : يعنى قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لأنه لم يلزمه الأحكام) أقول : حتى لايملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن (قوله والثانى) أقول : يعنى قوله وجنس الأحكام(قوله احتراز عن الصبى الخ) أقول: يعنى الصبى المحجور ، ولعل مراده أنه يكون للاحتراز عنهما . لايقال : الصبى قد يلزمه الأحكام كما إذا باع أواشترى أبوه له ، لأن المراد جنس أحكام التصرف التى يباشره بنفسه(قوله وهذا أصح) أقول : ويؤيده تخصيص المعطوف عليه بإقامة الدليل (قوله قوله لأن الوكيل دليل الخ) أقول : صورة القياس الموكل يملك التصرف الوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا التصرف ، فقوله لأن الوكيل إشارة إلى دليل الصغرى ، وقوله فلا بد الخ إلى الكبرى (قوله ماشرطت به) أقول : يعنى ماشرطت الوكالة به (قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول : كيف يقال هذا إذا وكل ذميا ببيع هذا الخمر فإنه لايعقل فيه ماذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول : أى يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه (قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول : فيه بحث ، لاستلزامه أن لايصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه، فما أسرع ما نسى ماقدمت يداه.

(و) يشترط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لوكان صبيا لايعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا .

لاتفضى إليها فى التوكيل لأنه ليس بأمر لازم ، بخلاف المباشرة للزومها ، ثم إذا صح التوكيل بذلك فإن كان بالشراء فاشترى عبدا بغيرعينه لايجوز ، كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه إن كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لايتغابن فيه لايجوز ، وكذا فى الوكالة بالبيع ذكره فى الذخيرة . ولا يخفى أن قوله فإن كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لايجوز ، كما لواشترى الموكل بنفسه ليس على إطلاقه لما عرف من مذهبنا فى شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهى مذكورة فى خيار الشرط من الهداية . وأما الشرط الثانى وهو قوله وتلزمه الأحكام فلأن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلابد من كون الموكل يملكه . ثم قيل : هو احتراز عن توكيل الوكيل فإن الوكيل لايثبت له حكم تصرفه وهو الملك ، فلا يصح توكيله إلا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكره . وقيل بل عن الصبى والعبد المحجورين فإنهما لو اشتريا شيئا لايملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح . وأورد على هذا الوجه أنه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب أنه يملك التصرف فيملك تمليكه . والجواب أن ملكه شرط جواز تمليكه لاعلته ليلزم من وجوده الوجود فجاز أن لايوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة (قوله ويشترط إلى آخره) ماتقدم شرط الوكالة فى الموكل وهذا شرطها فى الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده ، أى يعقل معناه : أى مايلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة إلى كل من المتعاقدين جالب إلى كل منهما ، فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفى المشترى قلبهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم (١) إن هذا الشرط احتراز عن الهزل : يعنى أن من شرط الوكالة أن لايهزل الوكيل فى البيع والشراء

الوكيل لأهليته فى كل فرد فرد ، سواء كان الموكل يملكه أولا لعارض عرض فى بعض ذلك لأن مبناها على التوسع . ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش ، وهو احتراز عن الصبى الذى لم يعقل والمجنون ، ويقصده بأن لايكون هازلا لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة ، وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط فى صحة التوكيل لكن ذكر فى الكتاب أن ذلك شرط ، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكل الصبى العاقل صحيح ومعرفة أن مازاد على «ده نيم» فى المتاع و«ده يازده» فى الحيوان و«ده دوازده» فى العقار أو مايدخل تحت تقويم المقومين مما لايطلع عليه أحد

(قوله ويقصده الخ) أقول : فيه تأمل ، والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيرى على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر ، ويؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه ، وأيضا عدم كونه هازلا فى العقد شرط صحة ذلك العقد لاشرط صحة الوكالة (قوله لأنه يقوم مقام الموكل الخ) أقول : هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول : يعنى التعليل أشار به إلى قوله لأنه يقوم الخ (قوله يشير) أقول : حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول : ولهذا لم يذكرها العلامة النسفى فى الكافى ، ولم يزد فى تفسير قوله يعقل العقد على أن قال : أى يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن و البيع على عكسه (قوله ومعرفة أن مازاد إلى قوله : مما لايطلع) أقول : ومعرفة مبتدأ ، وقوله مما لايطلع خبره (قوله مما لايطلع عليه أحد الخ) أقول : مسلم فإنا نرى كثيرا من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات ، ثم قد يقام التمكن من الشىء مقام ذلك الشىء كما سبق فى مباحث علم قبول شهادة الأعمى فى هذا الكتاب ، وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود فى الصبى الذى كلامنا فيه فليتأمل .

---

(١) (قول الكمال وقول بعضهم الخ) مبتدأ خبره أى ارتباط الخ : أى يقال لذلك البعض أى ارتباط الخ كذا بهامش الأصل .

(وإذا وكل الحرّ العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وإن وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ، ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لأن الصبى

أى ارتباط بين صحة الوكالة ، وكون الوكيل هزل فى بيع ولو كان فى بيع ما وكل ببيعه غايته أن لايصح ذلك البيع والوكالة صحيحة ، وخرج به الصبى الذى لايعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وإنما اشترط ذلك فى الوكيل لأنه قائم مقام الموكل فى العبارة ، والموكل لايصح عقده وعبارته به إلا إذا كان يعقل ذلك ، وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغى اشتراطه . نعم إن وكله بأن يبيعه لابغبن فاحش فحينئذ ينبغى أن تصح الوكالة. ويشترط فى صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه (قوله وإذا وكل الحرّ البالغ أو المأذون مثلهما جاز) وأطلق فى المأذون ليشمل كلا من العبد والصبى المأذونين فى التجارة لاجتماع الشروط وهى ملك الموكل التصرف ولزوم الأحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ، ولم يذكر العقل مع البلوغ لأن اشتراط العقل يعرفه كل أحد ، ومعلوم أيضا أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرّا أو دونهما كتوكيل الحرّ البالغ عبدا مأذونا (قوله وإن وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما) هذا الكلام له منطوق ومفهوم ، فمنطوقه ظاهر ، ووجهه ماذكر المصنف (من أن الصبىّ) أى

إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه (وإذا وكل الحرّ البالغ أو المأذون البالغ مثلهما جاز) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة . وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم ، وإن وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه ،أوعبدا محجورا عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء مايمنع ذلك ، أما من جانب الموكل فظاهر ، وأما من جانب الوكيل فلأن الصبىّ من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، وإنما لايملك فى حق المولى والتوكيل ليس تصرفا فى حقه ، إلا أنه لايصح منهما التزام العهدة : الصبى لقصور أهليته ؛ والعبد لحق سيده . ويعلم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال ، والصبىّ إذا بلغ لم تلزمه

(قال المصنف وإذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون مثلهما جاز) أقول : قال صدر الشريعة : ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البالغ ،والمراد بالمأذون الصبى العاقل الذى أذنه الولى والعبد الذى أذنه المولى انتهى وفيه تأمل (قوله أو المأذون البالغ) أقول : لعل قيد البالغ هنا وقع سهوا (قوله ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ) أقول : مافوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الإسلام المسلم ، فإن النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر فى موضعه (قوله لأن الموكل مالك التصرف الخ) أقول : لأن الموكل تعليل لقوله جاز ، ولكن بقى هاهنا بحث ، فإنه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به لجريانه فيه بعينه ، إلا أن يعتبر فيه عدم المانع فى الكبرى . أو يقال : المراد بمالكية التصرف هو المالكية استقلالا من غير استفادة من غير وفيه شىء لخروج توكيل الوكيل المأذون به ، والظاهر أن الشمول له مقصود أيضا (قال المصنف : والعبد من أهل التصرف) أقول : كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول : والعبد أيضا من أهل العبارة ، إلا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع مايرى ظاهرا من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جماد لايقدر على شىء فليتأمل .

من أهل العبارة ؛ ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه ، والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لايملكه فى حق المولى ، والتوكيل ليس تصرفا فى حقه إلا أنه لايصح منهما التزام العهدة . أما الصبى فلقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل . وعن أبى يوسف رحمه الله أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل فى العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب .

العاقل (من أهل العبارة) حتى (نفذ تصرفه بإذن وليه ، والعبد) من أهل التصرف فى (حق نفسه مالك له ، وإنما لايملكه فى حق المولى ، والتوكيل ليس تصرفا) من الموكل (فى حقه إلا أنه لايصح منهما التزام العهدة ، فالصبى لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل) ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق ، بخلاف الصبى لو باشر ما وكل به ثم بلغ لاترجع إليه . وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبيا مأذونا أو عبدا مأذونا تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلا فى الذخيرة قال : إن كان الوكيل صبيا مأذونا ، فإن وكل بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء إن كان بثمن مؤجل لاتلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبى ، وذلك لأن مايلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن ، لأن ضمان الثمن مايفيد الملك للضامن فى المشترى وهذا لايفيد الملك للضامن إنما التزم مالا على موكله استوجب مثله فى ذمته وهو معنى الكفالة ، والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن لاضمان كفالة . وأما إذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لاتلزمه العهدة . وفى الاستحسان تلزمه لأن للصبى ملكا حكميا فى المشترى فإنه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه . والصبى المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن ، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه بما يضمن من الثمن لايملك المشترى لاحقيقة ولا حكما فإنه لايحبسه عن الموكل إلى الاستيفاء ، والعبد إذا توكل على هذا التفصيل . ثم اعلم أن العبد والصبى المحجورين وإن

لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزما فى حق نفسه وفى هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ ، وإنما قيد بقوله محجورا عليه فيهما إشارة إلى أنهما لوكانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبى المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا ، وإذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لأن ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن لايفيد الملك للضامن فى المشترى ، وليس هذا كذلك إنما هذا التزم مالا فى ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة ، والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة ، وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لايلزمه العهدة . وفى الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم ، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه ، والصبى المأذون من أهل ذلك . والجواب فى العبد المأذون أيضا على هذا التفصيل (وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو عبد) وفى بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق (له خيار الفسخ) لأنه مارضى بالعقد إلا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد ، فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب لم يرض به .

. . . .

لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمها المبيع اعتبارا لما ذكر فى الكتاب بعد هذا فى التوكيل بعقد السلم فقال : والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد . وفى المبسوط : إن كان المأذون مرتدا جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبى حنيفة ، فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فعلى الآمر . وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم فى تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ، ونظير الصبي والعبد المحجورين فى عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضى وأمينه (قوله والعقد) .

هذا ما انتهى إليه كلام الإمام الكمال بن الهمام رحمه الله ،

ويليـــه

تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨

تغمدهم الله برحمته آمين .

فهرس

الجـــزء السابع

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى